

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL DE SANTO ÂNGELO

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES
JURÍDICO-EDUCACIONAIS ENTRE O ALUNO E O
ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR

RODRIGO GOLDSCHMIDT

Florianópolis (SC), Setembro de 2001.

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES
JURÍDICO-EDUCACIONAIS ENTRE O ALUNO E O
ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR**

RODRIGO GOLDSCHMIDT

**Dissertação apresentada à banca
examinadora da Universidade Federal
de Santa Catarina, como exigência
parcial para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.**

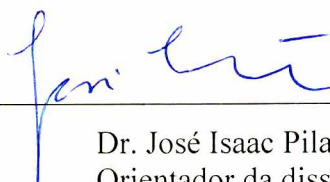
Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

FLORIANÓPOLIS (SC)

2001

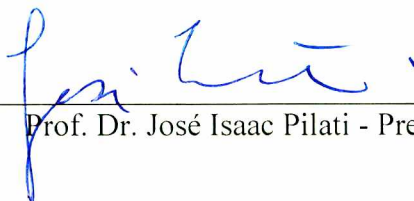
TERMO DE APROVAÇÃO

A dissertação “O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES JURÍDICO-EDUCACIONAIS ENTRE O ALUNO E O ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR, elaborada pelo aluno Rodrigo Goldschmidt, foi julgada adequada por todos os membros da Banca Examinadora, para a obtenção do grau de MESTRE EM DIREITO e aprovada, em sua forma final, pelo Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.



Dr. José Isaac Pilati
Orientador da dissertação

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:



Prof. Dr. José Isaac Pilati - Presidente


Prof. Dr. Sérgio Urquhardt Cadernatori - Membro



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski - Membro

Profa. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira - Suplente

Florianópolis, 20 de setembro de 2001.



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, por tudo, aos meus pais João Uwe Goldschmidt e Suzana Goldschmidt, pessoas que eu amo muito, a minha esposa Marilde Angélica Webber Goldschmidt, mulher de fibra, minha parceira nessa jornada terrena (e quiçá em outras mais); aos meus irmãos Frederico Henrique Goldschmidt Neto e Ramulfo Goldschmidt, homens de valor, que ensinam com exemplos e não só com palavras; e ao meu amigo Gustavo Macedo Pimentel, pessoa que, em verdade, considero como verdadeiro irmão.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu Professor Orientador Dr. José Isaac Pilati pela dedicação com que me atendeu ao longo deste trabalho e pelos conhecimentos que, comigo, compartilhou. Agradeço, também, à Universidade de Passo Fundo, nas pessoas dos Reitores Ilmo Santos, Telisa Furlanetto Graeff, Lorivam Figueiredo, Solange Longhi e Jaime Giolo.

RESUMO

A pesquisa aborda o Princípio da Proporcionalidade e as relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

O trabalho está dividido em quatro capítulos: a) o Princípio da Proporcionalidade, b) a visão jurídica da Educação, c) o Princípio da Proporcionalidade e as relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior: aspectos casuísticos e, d) o Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito nas relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

O objetivo da pesquisa é investigar a possibilidade da utilização do princípio da proporcionalidade como meio de interpretação e de aplicação do direito nas relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

Paralelamente a isso, a escolha das relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior, como campo de aplicação do Princípio da Proporcionalidade, visa também despertar o interesse pelo estudo de um novo ramo do direito: o Direito Educacional.

A pesquisa confirma a viabilidade do uso do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito educacional nas relações jurídicas entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

RESUMEN

La investigación aborda el principio de la proporcionalidad y las relaciones jurídico-educacionales entre el alumno y el establecimiento de enseñanza superior.

El trabajo está dividido en cuatro capítulos: a) el Principio de la Proporcionalidad, b) la visión jurídica de la Educación, c) el Principio de la Proporcionalidad y las relaciones jurídico-educacionales entre el alumno y el establecimiento de ensino superior: aspectos casuísticos y, d) el Principio de la Proporcionalidad como medio de interpretación y aplicación del derecho en las relaciones jurídico-educacionales entre el alumno y el establecimiento de ensino superior.

El objeto de la investigación es pesquisar la posibilidad de la utilización del principio de la proporcionalidad como medio de interpretación y de aplicación del derecho en las relaciones jurídico-educacionales entre el alumno y el establecimiento de ensino superior.

Paralelamente a ello, la elección de las relaciones jurídico-educacionales entre el alumno y el establecimiento de ensino superior, como campo de aplicación del Principio de la Proporcionalidad, también tiene por objeto despertar el interés por el estudio de un nuevo ramo del derecho: el Derecho Educacional.

La investigación confirma la viabilidad del uso del Principio de la Proporcioalidad como medio de interpretación y aplicación del derecho en las relaciones jurídico-educacionales entre el alumno y el establecimiento de ensino superior.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	i
DEDICATÓRIA	ii
AGRADECIMENTO	iii
RESUMO	iv
RESUMEN	v
INTRODUÇÃO	1
1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
1.1 O Princípio da Proporcionalidade: Noção, Origem e Evolução.....	4
1.2 O Princípio da Proporcionalidade e seus Subprincípios Estruturantes:	
Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito	19
1.3 O Princípio da Proporcionalidade como Meio de Interpretação e Aplicação do Direito.....	26
2 A VISÃO JURÍDICA DA EDUCAÇÃO	
2.1 O Direito Educacional: um novo ramo da Ciência Jurídica.....	32
2.2 O Direito Educacional e seus Princípios Juspedagógicos.....	40
2.3 A Autonomia Universitária	47
2.4. A Educação e a Livre Iniciativa	53
3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES JURIDICO- EDUCACIONAIS ENTRE O ALUNO E O ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR: ASPECTOS CASUÍSTICOS	
3.1 Considerações Iniciais.....	61
3.2 A Questão da Alteração Curricular	62
3.3 A Questão do Jubilamento	67
3.4 A Questão da Impossibilidade de Frequência às Aulas por Motivo de Crença Religiosa.....	73

3.5 A Questão do Ensino aos Alunos Portadores de Necessidades Especiais	79
4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NAS RELAÇÕES JURÍDICO-EDUCACIONAIS ENTRE O ALUNO E O ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR	
4.1 O Princípio da Proporcionalidade e a Idéia de Sistema Jurídico	84
4.2 O Princípio da Proporcionalidade e sua Função Harmonizadora de Princípios e de Valores Jurídicos	90
4.3 O Princípio da Proporcionalidade como Meio de Interpretação e Aplicação do Direito nas Relações Jurídico-Educacionais entre o Aluno e o Estabelecimento de Ensino Superior	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

INTRODUÇÃO

A educação superior é minuciosamente disciplinada pelo Poder Público através de inúmeras Leis especiais e de atos administrativos específicos oriundos do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Educação. A par disso, as universidades possuem autonomia didática e administrativa para elaborar os seus próprios estatutos e regimentos internos.

A exemplo do que sucede nos demais grupos sociais, freqüentemente ocorrem no âmbito do ensino superior problemas jurídicos que envolvem o aluno e a escola, suscitando dificuldades no que se refere à interpretação e aplicação do direito com vistas à solução do caso concreto.

Partindo dessa constatação, teve-se a idéia de realizar uma pesquisa com o intuito de tentar buscar elementos para auxiliar o intérprete e o aplicador do direito educacional na superação dessas dificuldades.

Consultando literatura específica, em especial sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, verificou-se que a doutrina moderna vem reconhecendo no *Princípio da Proporcionalidade* um grande potencial como princípio hermenêutico, ou seja, um princípio voltado a auxiliar o intérprete na aplicação do direito.

Daí o objetivo e a estrutura da presente pesquisa, qual seja, investigar a possibilidade da utilização do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito educacional nas relações jurídicas entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

Diz-se também a estrutura da pesquisa porque, para realizá-la, procurou-se estabelecer um encadeado lógico de conceitos e informações pertinentes ao Princípio da Proporcionalidade e ao Direito Educacional, munindo o estudo com elementos necessários para levar a cabo a investigação proposta.

Colocados, assim, a idéia e o objetivo do presente estudo, cumpre apresentar o plano de desenvolvimento.

A primeira parte do estudo está centrada no Princípio da Proporcionalidade, investigando a noção, a origem e a evolução do Princípio, com o intuito de estabelecer as suas bases conceituais e os contornos jurídicos.

Na seqüência, abordam-se os subprincípios estruturantes do Princípio da Proporcionalidade, quais sejam, os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, procurando demonstrar como os mesmos interagem e se comunicam.

Por fim, ainda no mesmo capítulo, trata-se do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito.

A segunda parte da pesquisa fornece uma visão jurídica da Educação.

Inicia-se com uma abordagem sobre o Direito Educacional, estudando sua natureza jurídica e sua autonomia científica. Em seguida, realiza-se um apanhado dos princípios juspedagógicos que regem o Direito Educacional, objetivando apreender o raciocínio jurídico que este novo ramo da ciência jurídica reclama.

Ainda, no mesmo capítulo, aborda-se a questão da autonomia universitária, desvendando-se quais os limites da atuação dos estabelecimentos de ensino superior no que se refere ao disciplinamento ou à normatização das relações jurídico-educacionais.

Fechando o capítulo, estuda-se a questão da livre iniciativa no ensino superior, investigando a relação que se estabelece entre o Estado e os estabelecimentos privados de ensino superior, principalmente os mecanismos de controle que aquele exerce sobre estes.

A terceira parte do trabalho cuida da aplicação do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do Direito Educacional.

Abordam-se casos controvertidos do Direito Educacional que desafiam o intérprete e o aplicador do direito, buscando, sob a luz do Princípio da Proporcionalidade, possíveis soluções a estes casos.

Trata-se, em verdade, dos seguintes casos: a) alteração curricular, b) jubramento, c) impossibilidade de frequência às aulas por motivos religiosos e, d) ensino aos alunos portadores de necessidades especiais.

A quarta parte do trabalho constitui o ponto nodal da pesquisa e é dedicada ao estudo da possibilidade da utilização do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito nas relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

Inicialmente, abordam-se algumas noções sobre o sistema jurídico, investigando-se de que forma o mesmo se relaciona com o Princípio da Proporcionalidade e vice-versa.

Em seguida, ainda numa perspectiva sistêmica, estuda-se o papel do Princípio da Proporcionalidade e sua função harmonizadora de princípios e de valores aparentemente conflitantes.

Encerrando o capítulo, adentra-se o ponto culminante da pesquisa, abordando a questão do uso do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito nas relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

Na parte final do trabalho, apresentam-se as considerações finais sobre o estudo realizado, bem como as referências bibliográficas do material utilizado para pesquisa.

No tocante à metodologia, empregou-se no presente trabalho o método indutivo de abordagem, o método monográfico de procedimento e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Cumprе esclarecer que os posicionamentos adotados na dissertação são de absoluta responsabilidade do autor, não implicando endosso do orientador, da banca examinadora e do CPGD/UFSC.

1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1 O Princípio da Proporcionalidade: Noção, Origem e Evolução

Parece muito claro que a sociedade, para atingir um plano ideal, deve, incessantemente, perseguir, entre outros, os valores do pluralismo, da harmonia e da fraternidade.

O pluralismo consiste justamente em reconhecer e respeitar as diferenças entre as pessoas que integram a sociedade. Tais diferenças decorrem dos mais diversos fatores, *exempli gratia*, econômico, político, ideológico, religioso e biológico.

Antonio Carlos Wolkmer¹ assevera que “a compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.”

A harmonia decorre da necessidade de estabelecer um equilíbrio entre os diversos interesses manifestados e reivindicados pelas pessoas em sociedade. Através do valor harmonia, evitam-se os extremismos, acomodando-se (mas não anulando) as divergências.

A fraternidade consubstancia-se na idéia de perenizar a humanidade, não permitindo que uma pessoa se desinteresse pela outra. A Fraternidade é agregadora, incentiva a comunhão e rechaça a exclusão.

O direito, justamente, por consistir em mecanismo criado pela sociedade para viabilizar e garantir um projeto de existência, não pode se afastar, por seu turno, daqueles valores².

¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-ômega, 1997, p. 158.

² O preâmbulo da Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 consigna o seguinte: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

De fato, o direito não é um fim em si mesmo. Trata-se de um instrumento criado pela sociedade para atuar em benefício da mesma. Dessa forma, não pode criar vida própria e se voltar contra o seu criador, sob pena de colocar em risco o projeto social³.

Por isso é que o intérprete e o aplicador do direito devem assimilar os valores acima apontados, como pressupostos necessários para a aplicação e interpretação do Direito. Trata-se de uma espécie de “visão de mundo” que antecede e orienta a aplicação e a interpretação do direito⁴.

Pois bem, para garantir a efetivação dos valores do pluralismo, da harmonia e da fraternidade, reconhecendo e harmonizando as diferenças individuais e sociais, sem exclusões ou privilégios, o aplicador e o intérprete do direito devem encontrar um mecanismo que viabilize tal tarefa.

Tal mecanismo deve conter atributos que permitam, à luz da realidade posta, *verificar* os interesses contrastantes, *ponderar* quais deles possui maior relevância, *identificar* a solução mais adequada e *controlar* a aplicação ou interpretação do direito, evitando-se abusos ou excessos.

O Princípio da Proporcionalidade, fulcrado na Constituição parece, em face do seu fundamento e da sua operacionalização teórico-prática, conter todos aqueles atributos mencionados, podendo servir de instrumento para a aplicação e a interpretação do direito, reconduzindo-o (o direito) ao seu destinatário (sociedade) e realizando os seus valores supremos.

Gravitando no plano dessas idéias, Marçal Justen Filho⁵ assevera:

“nesse contexto amplo, é imperioso preocupar-se com a temática do Princípio da Proporcionalidade. A democratização amplia a relevância da função da proporcionalidade. Por mais complexa que possa ser a definição da proporcionalidade, qualquer formulação passa pela consideração objetiva à pluralidade dos interesses e valores inter-relacionados na vida social, nas relações intersubjetivas. Um regime totalitário, por princípio, abomina o Princípio da Proporcionalidade. Há antagonismo

³ Isaac Asimov, o gênio da ficção científica, preconizou as três leis da robótica: “1 Um robô não pode prejudicar um ser humano ou, por omissão, permitir que o ser humano sofra dano. 2 Um robô tem de obedecer às ordens recebidas dos seres humanos, a menos que contradigam a Primeira Lei. 3 Um robô tem de proteger sua própria existência, desde que essa proteção não entre em conflito com a Primeira e a Segunda Leis.” ASIMOV, Isaac. *O homem bicentenário*. Tradução de Milton Person. Porto Alegre: L&PM, 1999.

⁴ O art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) dispõe o seguinte: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

⁵ Trecho extraído da apresentação da seguinte obra: BUECHELE, Paulo Arminio. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação a constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

insuperável entre totalitarismo e proporcionalidade. Aquele significa a prevalência absoluta e ilimitada de certos valores; esta se traduz na impossibilidade de realizar com exclusividade um único interesse. Por ser totalitário, o regime exclui a aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Quanto mais democrática uma sociedade, tanto maior é a relevância reconhecida aos diferentes pólos de interesse, aos variados grupos sociais, à pluralidade, à diversidade. A convivência democrática significa ceder passo à proporcionalidade.”

As palavras de Justen Filho traduzem, com precisão, o contexto que viabiliza o emprego do Princípio da Proporcionalidade, qual seja, uma sociedade democrática que reconhece e aceita o pluralismo e a divergência de idéias. No entanto, é preciso ir mais longe, na medida em que o Princípio da Proporcionalidade, se não encontrar esse contexto favorável, deve ensiná-lo através de sua aplicação.

Em outras palavras, o Princípio da Proporcionalidade possui também uma dimensão transformadora, no sentido de construção (e não só manutenção) de uma sociedade plural, harmônica e fraterna.

Mas, afinal de contas, em que consiste o Princípio da Proporcionalidade? Qual a sua origem? Como se deu a sua evolução?

Até aqui foi abordado o “pano de fundo” do princípio; cumpre agora responder àquelas indagações, externando o conteúdo e as possibilidades do referido princípio como instrumento de aplicação e interpretação do Direito.

Antes de mais nada, cumpre indagar: No plano jurídico, o que é um “princípio”?

Num sentido amplo, o princípio significa exatamente o que a sua literalidade nos faz compreender, o que seja, o início, a base, o ponto de partida, a origem, o fundamento.

No plano do direito, o princípio pode ser conceituado como *a idéia que fundamenta um dado sistema jurídico, orientando a sua aplicação e interpretação*. De acordo com a lição de Juarez Freitas⁶ “por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas, (...)”.

A noção de princípio pode ser extraída da teoria das normas jurídicas. De fato, segundo a doutrina, a norma jurídica é gênero do qual *regras e princípios* são espécies.

⁶ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47.

Nessa linha, Robert Alexy⁷ assevera:

“A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”

José Joaquim Gomes Canotilho⁸ estabelece, didaticamente, a distinção entre regras e princípios, aduzindo o seguinte:

“Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem fagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Caráter de fundamentabilidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um

⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. da edição tedesca de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

Tradução do autor da dissertação: “A rigor, não se contrapoem regras e princípios mas sim norma e princípio e norma e máxima. Aqui as regras e os princípios serão resumidos em baixo do conceito de norma. Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deónticas básicas do mandato, a permissão e a proibição. Os princípios, assim como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 166-167.

- papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) “*Proximidade*” da *idéia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (DWORKIN) ou na “idéia de direito” (LARENZ); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional.
 - e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”

Como se pode perceber, os princípios são normas jurídicas que possuem um maior grau de generalidade, estando mais próximos da idéia de direito, necessitando de mediações do intérprete para serem concretizados no caso concreto.

Em relação às regras, como visto, os princípios possuem outros dois importantes atributos que o distinguem. O primeiro diz respeito ao seu caráter de fundamentalidade, uma vez que o princípio informa o conteúdo e o alcance das regras; o segundo tem a ver com a função de diretriz, na medida em que o princípio orienta a aplicação e a interpretação das regras.

A propósito, Raquel Denize Stumm⁹ assevera: “a importância dos princípios está em que eles fundamentam as regras. Portanto é impossível haver apenas regras numa Constituição, pois a interpretação delas é determinada pelos princípios.”

Os princípios, portanto, constituem o ponto de partida e o ponto de chegada de todo o sistema jurídico, uma vez que as regras decorrem dos princípios e são por eles dirigidos.

Robert Alexy¹⁰ sustenta que a distinção entre regras e princípios se mostra de forma mais clara nas hipóteses de conflitos de regras e de colisão de princípios. Segundo o mencionado autor, um conflito de regras somente pode ser solucionado através da invalidação

⁹ STUMM, Raquel Denize. *O Princípio da Proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 41.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. da edição tedesca de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87-89.

de uma delas. Por seu turno, a solução de uma colisão de princípios pressupõe que um dos princípios ceda o seu espaço em prol da realização do outro (s).

Em outras palavras, no conflito de regras, segue-se a lógica do tudo ou nada, ou seja, ou uma regra vale ou não. Na hipótese, somente uma das regras pode prevalecer, restando a outra invalidada. Já na colisão de princípios, segue-se a lógica da ponderação, ou seja, analisa-se os princípios que estão em jogo e avalia-se qual deles deve preponderar para a solução do caso concreto. Em outras palavras, ao contrário do que sucede com as regras, um princípio não invalida o outro.

Estabelecidas essas noções jurídicas sobre “princípio”, passa-se à abordagem do “Princípio da Proporcionalidade” propriamente dito.

O Princípio da Proporcionalidade fundamenta-se, num sentido amplo, nas idéias da harmonia, do equilíbrio e da justa medida entre dois ou mais direitos conflitantes.

Nesse sentido, a proporcionalidade aqui tratada reside na harmonia ou equilíbrio entre dois ou mais direitos conflitantes, nesses consideradas as dimensões fática, axiológica e jurídica.

Isso colocado, releva explicitar, desde logo, que a doutrina denomina o citado princípio com outros nomes. De fato, o Princípio da Proporcionalidade é também conhecido como *princípio da proibição do excesso* ou ainda como *princípio da razoabilidade*. José Joaquim Gomes Canotilho¹¹, utilizando a denominação *princípio da proibição do excesso*, ensina-nos que dito princípio dizia respeito, primitivamente, ao problema da limitação do Poder Executivo, “como medida para as restrições administrativas da liberdade individual”, tendo sido, ao depois, erigido à dignidade de princípio constitucional.

Por seu turno, Moacyr Motta da Silva¹², em brilhante incursão teórica, ensina-nos que o Princípio da Razoabilidade:

“denota a linha intermediária que se situa entre o mínimo e o máximo. Trata-se de medida padrão que alinha o pêndulo no ponto de equilíbrio. Como medida de justiça, a reta razão evita os excessos, não aprova o máximo e tem igual critério para o mínimo. O emprego da reta razão relaciona-se, desta forma, com outros critérios de justiça, como o da proporcionalidade, da igualdade, da equidade. Os sentimentos que impulsionam o homem, pela convivência em sociedade, fundam-se no primado

¹¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 1993, op. cit, p. 382.

¹² SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade como expressão do princípio da justiça e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. *Novos Estudos Jurídicos*. Florianópolis, n. 8, p. 7-17, abr., 1999.

do bem, da prudência, do justo. Aristóteles chama julgamento razoável, aquele pelo qual, a pessoa que chega á idade da razão emprega critérios de discernimento, de equidade, de inteligência, na busca da verdade. Os critérios de razoabilidade, nesta concepção, conduzem o julgamento no caminho da uniformidade de direção. A idéia do razoável, para o filósofo, significa que todas as disposições examinadas convergem para o mesmo ponto, a justiça. A justiça compreende a igualdade, a proporcionalidade. O critério, termo igual, designa aquilo que corresponde ao meio termo. Entre ações que denotam o máximo e aquelas que indicam o mínimo, o meio termo corresponde à igualdade. O Justo representa o gênero daquilo que é proporcional. A proporcionalidade não é tomada no sentido de quantidade numérica, mas como igualdade de razões.”

No tocante ao Princípio da Razoabilidade, a maioria dos autores consideram-o como sendo expressão do Princípio da Proporcionalidade, possuindo o mesmo conteúdo e finalidade, em que pese o primeiro ter origem no direito da *Common Law*, e o segundo no direito da Europa Continental. No entanto, há autores que assim não entendem, sustentando que o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade não se confundem.

Entre os que entendem que os referidos princípios possuem o mesmo conteúdo e finalidade¹³, pode-se citar Suzana de Toledo Barros¹⁴, segundo a qual “o *Princípio da Proporcionalidade*, a que se faz alusão neste trabalho, como um construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o *princípio da razoabilidade* dos norte americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juizes na criação do direito.” Luis Roberto Barroso¹⁵, por seu turno, assevera: “... é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao Princípio da Proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.”

Com entendimento contrário, Raphael Augusto Sofiati de Queiroz¹⁶ sustenta que o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade não podem ser tratados como sinônimos uma vez que a razoabilidade é mais ampla que a proporcionalidade. Afirma o mencionado autor que “sustentar a fungibilidade entre os termos, no Brasil, é dar à proporcionalidade um

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 382.

STUMM, Raquel Denize, op. cit., p. 89.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares, op. cit., p. 137.

¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

¹⁶ QUEIROZ, Raphael Augusto de. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 45.

raio de aplicação maior que as suas possibilidades, ao passo que o inverso ocorrerá com a razoabilidade: será limitada por demais”.

Nada obstante, considerando as definições acima citadas, percebe-se que as mesmas, com algumas variantes, fulcram-se nas idéias de equilíbrio, de harmonia entre os opostos, de respeito à pluralidade, de proibição do excesso e de medida convivência social justa.

Tudo isso aquilatado é possível perceber, desde logo, que o Princípio da Proporcionalidade constitui um instrumento jurídico de grandes possibilidades práticas, não só diante de sua amplitude e maleabilidade, mas também em razão de suas funções criador-constitutiva e hermenêutico-aplicativa.

Efetivamente, como já considerado, quando se fala de “princípio”, quer-se dar noção de idéia fundamental, que inspira não só o conteúdo da norma jurídica, mas que também orienta a sua interpretação ou aplicação.

Por seu turno, quando se fala de *proporcionalidade*, concebe-se a idéia de equilíbrio e harmonia entre bens, valores e direitos.

Observe-se que esse equilíbrio e essa harmonia não constituem uma operação meramente mecânica, despida de sentido; ao contrário, trata-se de uma atividade que visa concretizar valores, justamente aqueles que informam o sistema como um todo (princípios), geralmente consubstanciados na Constituição.

Então, quando se aplica o Princípio da Proporcionalidade a um caso concreto conflituoso, busca-se ponderar os direitos que estão em jogo, avaliando-se qual deles, à luz dos princípios e valores que informam o sistema jurídico, deve preponderar na solução do impasse.

Mas o que releva na aplicação desse princípio é que o mesmo não se resume a uma mera ponderação de valores. De fato, o Princípio da Proporcionalidade é imbuído de mecanismos que permitem avaliar se a ponderação realizada para criar, aplicar e interpretar o direito é adequada, necessária e apta, em si, para alcançar algum daqueles fins colimados.

Nessa linha, Suzana de Toledo Barros¹⁷ assevera que:

“a expressão *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a *proporcionalidade* em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito”

¹⁷ BARROS, Suzana de Toledo, op cit., p.73.

Vale dizer, o Princípio da Proporcionalidade fornece parâmetros racionais de criação, aplicação e interpretação do direito, evitando que a ponderação dos direitos contrastantes num dado caso concreto se opere de forma aleatória, subjetiva e inconsequente, proibindo-se excessos e, conseqüentemente, injustiças.

A orientação de Raquel Denize Stumm¹⁸ vai nessa mesma senda: “o juízo de ponderação entre pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, ‘os meios restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida’, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”.

Daí extrair-se que a aplicação do princípio em tela deva ser realizada sempre de forma juridicamente motivada, como condição de legitimidade do seu emprego, demonstrando-se que a ponderação de valores no caso concreto se deu de forma adequada, à luz dos princípios que informam o sistema jurídico, sediados na Constituição.

Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade, a rigor, não funciona como um princípio propriamente dito, mas sim com um *meta-princípio*, na medida em que a sua função consiste justamente em harmonizar, à luz da Constituição, valores e princípios no caso concreto.

Robert Alexy¹⁹ acentua tal particularidade, aduzindo o seguinte: “Ya se há insinuado que entre la teoria de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla.”

Com efeito, é através da proporcionalidade que o intérprete e o aplicador do direito irão estabelecer juízo de ponderação entre os princípios que incidirão no caso controvertido, fazendo prevalecer aquele que, sob a égide da Norma Fundamental, é o mais relevante para a solução do impasse.

Por isso é que a doutrina utiliza também as expressões *máxima da proporcionalidade*, ou ainda, *cânone da proporcionalidade*, uma vez que o Princípio da Proporcionalidade funciona como um *meta-princípio*, na medida em que atua como um balizador da atividade do

¹⁸ STUMM, Raquel Denize, op. cit., p. 81.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. da edição tedesca de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111.

Tradução do autor da dissertação: “Já se insinuou que entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Esta conexão não pode ser mais estreita: o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade e esta implica aquela.”

intérprete, auxiliando-o na tarefa de ponderação e harmonização de princípios jurídicos incidentes no caso concreto controvertido.

Colocadas essas noções sobre o Princípio da Proporcionalidade, cumpre agora abordar a origem desse princípio, bem como a sua evolução teórica até o tempo atual.

Para Moacyr Mota da Silva²⁰, o princípio da razoabilidade tem as suas origens remotas no pensamento de Platão, de Aristóteles e de Tomaz de Aquino. Segundo o mencionado autor o homem razoável é aquele que investiga a relação entre os meios e fins, que busca o meio termo com renúncia de atitudes ou práticas de absolutismo.

No relacionamento do direito com os demais ramos do saber, a ciência jurídica foi buscar na filosofia a concepção do Princípio da Proporcionalidade, como mecanismo de defesa de direitos individuais em face da ação do Monarca e como possível elemento balizador de solução de conflitos jurídicos intersubjetivos.

Tratando do tema, Suzana de Toledo Barros²¹ assevera que:

“da filosofia ao direito, o *Princípio da Proporcionalidade*, até chegar à modelagem atual, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de *poder de polícia*, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar.”

O Princípio da Proporcionalidade, enquanto objeto de teoria jurídica, teve um desenvolvimento proeminente no direito alemão e no direito norte-americano (aqui tratado sob o nome de Princípio da Razoabilidade).

Paulo Bonavides²² sustenta que “a Alemanha é o país onde o Princípio da Proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência.”

Nesse país, o Princípio da Proporcionalidade desenvolveu-se primeiro no direito administrativo, migrando para o direito constitucional, onde se assentou de forma sólida, por obra da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Na Alemanha, o Princípio da Proporcionalidade desenvolveu-se como mecanismo jurídico de controle da ação do Estado no tocante às medidas restritivas de direitos fundamentais.

²⁰ SILVA, Moacyr Motta da, op. cit., p. 7-17.

²¹ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p.35.

²² BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, p. 370.

Através do Princípio da Proporcionalidade, lá considerado como subprincípio do Estado Democrático de Direito, pretendia-se evitar que o Estado, na busca da consecução dos seus objetivos, restringisse de maneira exagerada ou desproporcionada um dado direito individual fundamental. Daí o porquê do Princípio da Proporcionalidade ser também conhecido, naquele país, como *princípio da proibição do excesso*.

Nessa linha, Raquel Denize Stumm²³ sustenta que:

“o princípio da proibição do excesso proíbe o arbítrio e impõe a obediência ao conteúdo do Princípio da Proporcionalidade, ou seja, ‘a exigibilidade, a adequação e a proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem. Trata-se, pois de um princípio jurídico-material de ‘justa medida’ (Larenz)’ (Canotilho & Moreira, 1993, p. 178). Decorre portanto, da vinculatoriedade do Estado de Direito ao mínimo ético, a presença do princípio material da proporcionalidade como resposta a preservação de espaço para o indivíduo, partícipe responsável da comunidade estatal.”

Registre-se, por oportuno, que o Tribunal Constitucional alemão vem empregando o Princípio da Proporcionalidade não só no tocante aos atos administrativos, mas também no controle da constitucionalidade das leis. De fato, através do Princípio da Proporcionalidade, o Tribunal Constitucional analisa se uma dada lei, no seu conteúdo e aplicação, respeita o núcleo essencial de um dado direito fundamental, não o restringindo por demais, a ponto de anulá-lo ou torná-lo sem efeito.

Sobre o assunto, Suzana de Toledo Barros²⁴ registra que:

“o *Princípio da Proporcionalidade* vem sendo largamente utilizado pela corte Constitucional alemã no controle das leis restritivas de direitos, firmando-se a teoria de que a sua violação acarreta mesmo a inconstitucionalidade da providência legislativa. A fórmula adotada, bem de ver, contém o substrato teórico necessário para fundamentar a decisão político-jurídica dos juizes e tribunais, quando o arbítrio legislativo é evidente mas nem sempre comprovado com facilidade pelo confronto da lei à Constituição.

Em outras palavras, verifica-se se a lei respeita a Norma Fundamental, na medida em que a restrição excessiva ou desproporcionada de um dado direito fundamental, em última

²³ STUMM, Raquel Denize, op. cit., p. 121-122.

²⁴ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p.47-48.

análise, implica transgressão da Constituição. Nessa linha, Paulo Bonavides²⁵ registra que o Princípio da Proporcionalidade

“fica assim erigido como barreira ao arbítrio, em freio à liberdade que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito.”

Nessa tarefa, que vale tanto para os atos administrativos como para as leis em geral, o Tribunal Constitucional avalia se a medida empregada (o ato administrativo ou a lei), para atingir um determinado fim, é adequada, necessária e proporcional em relação ao direito fundamental em jogo. Trata-se de uma análise de proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados.

Por seu turno, no sistema da *common law*, ao qual pertence o direito norte-americano, a jurisprudência assume relevo como fonte do direito. Nesse sistema, a regra do precedente (*precedent rule*) constitui o ponto máximo da interpretação e da construção do direito. É a partir do precedente, ou seja, da decisão proferida em última instância sobre um dado caso concreto, que se estabelece o novo marco de conformação do direito, o qual passa a vigor até que outro precedente o modifique ou o revogue.

Vale lembrar que a idéia do precedente está ligada com os princípios jurídicos que informam uma dada decisão (*ratio iuris*) e não com a decisão em si, a qual é particular e específica ao caso concreto. Em outras palavras, o que possui força jurídica são os princípios jurídicos que fundamentaram a decisão e não a decisão (parte dispositiva) concretamente considerada.

A força normativa do precedente deriva, em última análise, do princípio da igualdade. De fato, editada uma determinada decisão (precedente) a mesma passa a constituir fonte de direito aplicável a casos semelhantes, por força do princípio da isonomia.

Nesse sentido, é possível afirmar que o Princípio da Razoabilidade (do direito norte-americano) e o Princípio da Proporcionalidade (do direito alemão), num sentido amplo, possuem uma mesma *sedes materiae*, na medida em que, como se verá adiante, vão se abeberar do princípio da igualdade.

²⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 364.

Nada obstante, boa parte dos doutrinadores asseveram que o Princípio da Razoabilidade, no direito norte-americano, deriva do princípio do devido processo legal, (*due process of law*) o qual conheceu duas fases bem marcadas: a adjetiva e a substantiva.

Segundo Suzana de Toledo Barros²⁶ “na fase adjetiva, o *due process of law* significa uma garantia de ordem processual aos direitos tidos como fundamentais. Está associado a uma exigência de legalidade, segundo a qual os atos de governo deveriam obedecer a determinada forma e procedimento para se evitar prejuízos aos direitos individuais”.

Já na fase substantiva, segundo a mencionada autora, o princípio do devido processo legal foi manejado para realizar o controle de constitucionalidade das leis, sob o crivo de um juízo de razoabilidade bastante exarcebado do judiciário e que, de certa forma, tendia ao subjetivismo.

A partir dessa fase, com base no Princípio da Razoabilidade, o Judiciário passou a avaliar a legalidade das medidas estatais que implicassem restrições aos direitos individuais, analisando justamente a necessidade, a adequação e a proporcionalidade dessas restrições.

Em razão dessa realidade, respeitados os entendimentos em contrário²⁷ é que se afirma que o Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade constituem, em linhas gerais, o mesmo princípio, na medida em que se fundamentam em torno das mesmas idéias básicas.

Isso tudo colocado, não se pode deixar de considerar, ainda, que o Princípio da Proporcionalidade está intimamente ligado ao princípio da igualdade, numa relação de mútua interferência com o mesmo.

De fato, como bem salienta Luis Roberto Barroso²⁸, “a importação e sistematização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro projetaram novas luzes sobre o tratamento doutrinário do princípio da isonomia.”

O princípio da igualdade pode ser visto sobre dois ângulos: a igualdade na lei, que tem a ver com a tarefa jurídico-política do legislador na elaboração da norma, e a igualdade perante a lei, que constitui imperativo a ser observado pelo aplicador do direito. Em outras palavras, tanto na elaboração como na aplicação da lei, há de ser observado o princípio da isonomia de tratamento.

No mundo jurídico, constitui-se senso comum que o princípio da igualdade consiste justamente em *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades*.

²⁶ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 61-62.

²⁷ QUEIROZ, Raphael Augusto de, op. cit., p. 45.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 230.

Todavia, o grande problema que reside nesse princípio é justamente o de saber os que são iguais e os que são desiguais, bem como até que ponto se estende a igualdade ou a desigualdade entre as partes numa dada relação concreta.

A dificuldade dessa tarefa é muito bem traduzida por Celso Antônio Bandeira de Melo²⁹: “Parece bem observar que não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como há não duas situações tão distintas que não possuam algum denominador comum em função de que se possa parificá-las.”

É justamente nesse ponto que assume importância o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que o mesmo, através de sua operacionalização, permite visualizar, com mais precisão e controle, até que ponto as partes são iguais ou desiguais, oferecendo ao intérprete e ao aplicador parâmetros mais seguros para nivelar, com justiça, a eventual desproporção das mesmas em face do caso concreto, harmonizando os seus interesses.

Nessa linha, Suzana de Toledo Barros³⁰, leciona, com propriedade, que:

“essa relação tão íntima entre a igualdade a proporcionalidade levou vários autores a tentar unificar ambas as idéias sob um denominador comum. Não é estranho, em face disso, que alguns tenham sustentado em alguma ocasião que o princípio da igualdade consagra o Princípio da Proporcionalidade, o que não deixa de ser verdadeiro, quando se toma em consideração a necessidade de invocá-la como critério para aferição da legitimidade da diferenciação de tratamentos a pessoas até então tidas em idêntica posição.”

Por seu turno, Celso Antonio Bandeira de Melo³¹ assevera que: “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele.”

Disso se extrai que o princípio da igualdade, para atingir a sua eficácia plena, se vale do Princípio da Proporcionalidade, como elemento que permite balizar, de forma racional e concreta, se uma dada diferenciação de tratamento entre duas ou mais pessoas é adequada, necessária e proporcional, conferindo legitimidade e justiça ao fator de *discrímen* utilizado pelo legislador ou pelo aplicador da norma.

²⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42.

³⁰ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 187-188.

³¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 37.

A respeito do tema, vale a pena atentar à lição de Raquel Denize Stumm³², segundo a qual:

“a proporcionalidade é considerada um derivado da igualdade. Existem alguns motivos no seio de uma comunidade que justificam ou necessitam um tratamento diferenciado. ‘Quando estes motivos existem, o princípio da igualdade fica substituído pela proporcionalidade. Conforme este último princípio, a desigualdade não pode ir mais além do que a causa objetiva justifique. A diferenciação somente pode realizar-se no que concerne a esta causa e somente de maneira que não ultrapasse a medida exigida por ela. Deste modo, no lugar da igualdade estrita se coloca uma igualdade ‘relativizada’ pela proporcionalidade’ (Larenz, 1985, p. 138). Igualdade consiste em um critério racional que estabelece objetivamente o que é justo. ‘Não sendo possível estabelecê-la em concreto sem que se passe por uma prévia valoração da realizada’ (Pinto, 1986, p. 39)”.

Tudo isso aquilatado, é chegada a hora de registrar que, no tocante ao Princípio da Proporcionalidade, o direito brasileiro foi se abeberar, principalmente, no constitucionalismo português o qual, por sua vez, construiu-se sob a influência do Direito Alemão.

Razão pela qual, para nós, o Princípio da Proporcionalidade está mais centrado no princípio do Estado Democrático de Direito, do qual decorre o princípio da igualdade, e os valores do pluralismo, da harmonia e da fraternidade.

Nessa linha, Paulo Bonavides³³ destaca, com propriedade:

“o Princípio da Proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.”

O Estado Democrático de Direito, agora informado pelo princípio da constitucionalidade, vai dirigir a sua ação de modo a realizar, através do Princípio da Proporcionalidade, os valores sociais da harmonia, do pluralismo e da fraternidade, conciliando a constituição formal com a constituição material, reconduzindo o direito ao seu destinatário que é a sociedade.

³² STUMM, Raquel Denize, op. cit., p. 164.

³³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 362.

A propósito, falando sobre o Princípio da Proporcionalidade e o seu potencial jurídico, Bonavides³⁴ assevera: “Urge fazê-lo alvo, pois, das reflexões mais atualizadas e atualizadoras em matéria de defesa de direitos fundamentais perante o poder do Estado. Com esse princípio nasce também um novo Estado de direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira geração, a saber, os diretos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais, por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade.” E mais adiante conclui: “Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.”

Com essa dimensão, o Princípio da Proporcionalidade já não se destina tão somente a controlar a ação do Estado no tocante à legalidade das restrições aos direitos fundamentais, mas também como mecanismo voltado a concretizar os direitos constitucionais como um todo, não só balizando mas também controlando a atividade do legislador e do aplicador do direito.

Feito esse apanhado sobre a noção, origem e evolução do Princípio da Proporcionalidade, urge agora abordar os seus subprincípios estruturantes, o que será objeto do tópico seguinte.

1.2 O Princípio da Proporcionalidade e seus Subprincípios Estruturantes: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito

No tópico anterior, verificou-se que o Princípio da Proporcionalidade, tomado no seu sentido amplo, traduz-se justamente nas idéias de equilíbrio e de harmonia entre dois ou mais direitos manifestados em face de um dado caso concreto.

Em outras palavras, na busca da solução de um dado conflito de interesses, o aplicador do direito vai buscar no Princípio da Proporcionalidade, entre outros princípios, luzes para harmonizar os direitos conflitantes, e assim, realiza, com justiça, a tarefa.

A par disso, ficou assentado que, com base no Princípio da Proporcionalidade, é possível averiguar se uma dada lei restritiva de direitos guarda amparo na Constituição, sendo com ela compatível.

³⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 358, 362-363.

Nesse sentido, viu-se que o Princípio da Proporcionalidade possui um grande potencial jurídico, na medida em que os seus ditames podem ser manejados não só para balizar a produção, mas também a interpretação e a aplicação justa do direito.

Nada obstante isso, o Princípio da Proporcionalidade, na sua concepção ampla, é criticado pela doutrina, principalmente em virtude da grande carga de subjetividade com que é empregado pelos operadores do direito, em especial pelos juizes.

Tratando do assunto, Suzana de Toledo Barros³⁵ refere que alguns autores “apontam o perigo de uma utilização constante do princípio redundar em procedimentos marcados por decisionismos subjetivos dos juizes, afetando a própria idéia de justiça, a qual impõe uma certeza quanto à possibilidade de se contar com a aplicação das regras de direito.”

Para os críticos, a subjetividade está centrada justamente na aplicação do direito, na medida em que o juiz, invocando o Princípio da Proporcionalidade, pode fazer prevalecer, no caso concreto, aquele bem ou valor que, no seu ponto de vista subjetivo, entende ser mais relevante, em detrimento do que objetivamente dispõe a lei ou, até mesmo, a Constituição. Em outros termos, o juiz, sob o pálio do Princípio da Proporcionalidade, assumiria o papel de legislador, criando (e não mais simplesmente aplicando) o direito para o caso controvertido.

Nessa linha, Paulo Bonavides³⁶ preleciona:

“depois de reconhecer que a noção de proporcionalidade entre fim e meio, repousa, em última análise, sobre o ‘suum cuique’ ou sobre uma diligência para harmonizar direitos antagônicos, Gentz assinala que o freqüente uso do princípio tende todavia a transformá-lo num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que de nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta, acrescenta, ‘a um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz.’”

Tal realidade, segundo os críticos, gera um plano de insegurança para o direito, já que não se teria certeza de que um determinado caso controvertido seria solvido pela vontade concreta da lei, dada a subjetividade com que o magistrado, à luz da proporcionalidade, poderia interpretar e aplicar esta mesma lei.

Diante desse contexto, tornou-se imperioso estabelecer mecanismos que, agregados ao Princípio da Proporcionalidade (aqui visto no seu sentido amplo), permitissem controlar, de

³⁵ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 209.

³⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 394.

forma objetiva, a sua correta utilização, afastando-se aquela carga de subjetivismo com que o juiz aplicava o direito.

Ditos mecanismos foram sendo gradativamente idealizados pela doutrina, até se consolidarem na jurisprudência, passando a ser considerados como verdadeiros subprincípios inerentes ao Princípio da Proporcionalidade *lato sensu*, voltados à tarefa de imprimir uma maior racionalidade e objetividade a sua aplicação.

Esses mecanismos, ou melhor dizendo subprincípios conformadores do Princípio da Proporcionalidade, são os seguintes: princípio da adequação (ou da conformidade), princípio da necessidade (ou da exigibilidade) e Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito (ou da ponderação).

Luiz Roberto Barroso³⁷ fornece-nos uma noção inicial do assunto, sintetizando:

“A doutrina – tanto lusitana como brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do Princípio da Proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravosos para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.”

Assim colocado o tema, cumpre, nesse diapasão, abordar especificamente cada um desses subprincípios, explicitando o seu conteúdo e a sua finalidade na conformação e aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Pois bem, o subprincípio da *adequação*, como o próprio nome infere, consiste em averiguar se a medida empregada pelo legislador, na atividade de disciplinar, ou pelo administrador, na atividade de gerir, ou pelo juiz, na atividade de solucionar conflitos, é adequada para o fim pretendido (legislar, administrar ou julgar).

Em outras palavras, o princípio da adequação cinge-se na idéia de se verificar se os meios empregados são verdadeiramente adequados para atingir os fins almejados.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 219-220.

José Joaquim Gomes Canotilho³⁸, abordando o princípio da adequação, sustenta que:

“Com essa exigência pretende-se salientar que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois de controlar a *relação de adequação medida-fim*.”

Mas, com base em que parâmetros pode-se dizer que um determinado meio utilizado é realmente adequado para atingir um determinado fim igualmente adequado?

No caso, sem dúvida nenhuma, a análise da adequação entre meios e fins há de ser procedida à luz dos princípios constitucionais, notadamente por integrarem, ao mesmo tempo, o ápice e o fundamento de todo o sistema jurídico, informando e vinculando a atividade dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Nesse sentido, são justamente os princípios constitucionais que irão servir de parâmetro para averiguar se uma dada medida restritiva de direitos é adequada ou conforme aos fins constitucionais.

Suzana de Toledo Barros³⁹, tratando do princípio da adequação no tocante ao controle dos atos legislativos, estabelece a seguinte lição:

“Entendido o *Princípio da Proporcionalidade* como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitação aos direitos fundamentais, a *adequação* dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.”

A lição acima transcrita aplica-se perfeitamente ao controle dos atos administrativos e judiciais. Com efeito, qualquer ato administrativo ou judicial está sujeito ao crivo da constitucionalidade. Em outros termos, tais atos, necessariamente, hão de estar conformes à Constituição, ou seja, adequados e fulcrados nos princípios constitucionais.

Do contrário, os atos legislativos, administrativos e judiciários serão passíveis de inconstitucionalidade, porque não adequados aos fins pretendidos, quais sejam, aqueles fins

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 383.

³⁹ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 76.

(valores) contemplados na Constituição. Em outras palavras, em não havendo adequação entre meio-fim, restará transgredido o Princípio da Proporcionalidade.

Quanto ao subprincípio da *necessidade*, o mesmo consiste na idéia de que o cidadão tem o direito de ter contra si uma medida legislativa, administrativa ou judicial que lhe traga a menor desvantagem possível. Em outras palavras, que a medida adotada observe o limite do estritamente necessário para alcançar o fim colimado, restringindo o menos possível o direito de cada ente envolvido.

José Joaquim Comes Canotilho⁴⁰, tratando do subprincípio em tela, sustenta que: “Este requisito, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’ coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão.”

Essa menor ingerência que o princípio da necessidade visa preservar decorre logicamente dos princípios estabelecidos na Carta Magna, em especial o respeito pelos direitos fundamentais do homem e pelo pluralismo, protegendo-se o indivíduo e suas idéias.

Nessa linha é a lição de Raquel Denize Stumm⁴¹: “A opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão.”

Se assim não o fosse, o Estado revestir-se-ia de poder absoluto e inquestionável, passando a ser um fim em si mesmo, apartando-se do homem e da sociedade que o criou. Tal situação, por óbvio, é inconcebível, porque tanto o Estado como o Direito são entes culturais criados pelo homem e pela sociedade para atuarem em seu benefício. Daí porque os atos legislativos, administrativos e judiciários, que nada mais são do que manifestações jurídico-políticas do Estado, não podem ir além do estritamente necessário para manter a ordem e a paz social, realizando os valores constitucionais, interferindo o menos possível na esfera do indivíduo e da sociedade, sob pena de, do contrário, a obra voltar-se contra o seu criador.

Nessa linha, Suzana de Toledo Barros⁴² leciona:

“O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p.383.

⁴¹ STUMM, Raquel Denize, op. cit., p. 80

⁴² BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 80.

outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.” E, mais adiante, arremata: “Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o *Princípio da Proporcionalidade*, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa – *menor restrição* – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado – *meio mais idôneo*. Segue-se não de poder formar um juízo de exigência da providência legislativa, se não se recorrer à ponderação entre meio utilizado e fim a ser atingido.”

Para verificarmos se uma determinada medida é necessária, devemos analisar as circunstâncias do caso concreto. Mas essa visão, advirta-se, não se dá de forma pura e simples, mas sim à luz dos princípios constitucionais.

Desse modo, para a adoção de uma dada medida restritiva, há que se ponderar os bens e os valores que estão em jogo, à luz das diretrizes constitucionais, elegendo-se aquela medida que preserve, ao máximo, os direitos do homem e da sociedade, observando-se o Princípio da Proporcionalidade na sua plenitude, como forma de potencializar a eficácia da própria Constituição.

Por seu turno, o subprincípio da proporcionalidade *em sentido estrito*, abarca o conteúdo valorativo do Princípio da Proporcionalidade com um todo (em sentido lato). Aqui assume relevo o aspecto axiológico perseguido pelo princípio, notadamente o valor da justiça.

Como muito bem salienta Suzana de Toledo Barros⁴³:

“muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o Princípio da Proporcionalidade *stricto sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.”

Com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito o operador do direito vai considerar as peculiaridades do caso concreto, verificando os valores que ali estão em jogo, fazendo prevalecer, se não for possível mantê-los tal e qual, aquele que, à luz dos princípios constitucionais, deve ser mais protegido.

⁴³ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 83.

Nessa linha, Raquel Denize Stumm⁴⁴ sustenta que o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito “confunde-se com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. Decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico. Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins.”

Pode-se dizer que a ponderação é uma operação racional, axiológica, vinculada e sistêmica. Racional porque se trata de uma atividade a ser empreendida à luz da razão, ou seja, de forma racionalmente justificável. Axiológica, porque trabalha com os valores envolventes. Vinculada, porque diz respeito ao caso específico em análise. Sistêmica, porque a solução do caso particular não pode desconsiderar o sistema jurídico como um todo, e vice-versa.

Nessa atividade de ponderação, ao operador do direito não basta simplesmente eleger aquele valor que, no seu entender, deve prevalecer no caso concreto. Em outras palavras, a escolha do valor preponderante não se dá de forma subjetiva e aleatória. Ao contrário, tal escolha há de ser procedida e justificada à luz dos princípios informadores do sistema jurídico, notadamente os princípios albergados na Constituição, que é a Norma Ápice do sistema.

Aqui é pertinente a lição de Suzana de Toledo Barros⁴⁵:

“A proporcionalidade *stricto sensu* encontra seu verdadeiro sentido quando conectada aos outros princípios da adequação e necessidade e, por isso mesmo, representa sempre a terceira dimensão do *Princípio da Proporcionalidade*. Quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, porque a constelação do caso é bastante ampla e com várias repercussões na ordem constitucional, somente a ponderação entre os valores em jogo pode resultar na escolha da medida. (...) Qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa da precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito.”

Tal justificativa (motivação) é de extrema importância⁴⁶, porque é através dela que se pode verificar se a medida adotada está ou não de acordo com a pauta valorativa do sistema

⁴⁴ STUMM, Raquel Denize, op. cit., p. 80.

⁴⁵ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 84.

⁴⁶ O inciso IX do art. 93 da Constituição brasileira consagra o princípio da motivação (ou da fundamentação) das decisões judiciais. Eis o texto referido inciso: “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

jurídico, ou seja, se ela é justa para o caso concreto e para o sistema como um todo. Na verdade, é através da motivação empregada que se pode controlar se a atividade restritiva de um dado direito (valor) é adequada, necessária e proporcional.

1.3 O Princípio da Proporcionalidade como Meio de Interpretação e Aplicação do Direito

Nos tópicos anteriores, vimos que o Princípio da Proporcionalidade, num sentido amplo, consiste numa análise objetiva dos *meios* e dos *fins* empregados, no sentido de verificar se o operador do direito, à luz da Constituição, utilizou os meios adequados, necessários e proporcionais para atingir um fim igualmente adequado, necessário e proporcional.

É bem de se ver que se refere a um processo em que se controlam os *meios* utilizados e os *fins* almejados, verificando-se se o legislador, o aplicador ou o intérprete agiram ou não em conformidade com os princípios constitucionais que fundamentam e informam o sistema jurídico.

Konrad Hesse⁴⁷ sustenta que a tarefa de *concordância prática* entre meios e fins requer uma *coordenação proporcional* entre os direitos fundamentais e os bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais. Segundo o mencionado autor, a tarefa de interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em reserva legal tem por objetivo deixar que ambos cheguem a uma *eficácia ótima* em face do caso concreto.

Nesse sentido, como os direitos fundamentais são essenciais à ordem constitucional, a adequação proporcional deve ser realizada de forma que não restrinja uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário. Da mesma forma, a limitação de um dado direito fundamental deve ser adequada aos fins que se pretende alcançar, não podendo ultrapassar o limite do estritamente necessário, sob pena de se incorrer em ilegalidade ou arbitrariedade.

De outra sorte, a restrição deve ser proporcional, com adequação objetiva entre os meios e os fins empregados e com a preservação do peso e do significado do direito fundamental restringido; nisso, exatamente, consiste o Princípio da Proporcionalidade.

Originariamente, o Princípio da Proporcionalidade era empregado justamente para controlar a atividade do Estado no que tange aos atos restritivos de direitos fundamentais. Com efeito, através do Princípio da Proporcionalidade, averiguava-se se o Estado, ao restringir um dado direito do cidadão, agia de forma adequada, necessária e proporcional.

⁴⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 225.

Nessa linha, é a lição de Suzana de Toledo de Barros⁴⁸:

“Pode-se afirmar que o *Princípio da Proporcionalidade* foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a idéia de proporção ligava-se somente às penas. A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do Poder Executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos do cidadão.”

Ou seja, com o Princípio da Proporcionalidade, visava-se justamente controlar a atividade do Estado, evitando-se que o mesmo atuasse de forma abusiva ou ilegal em face do indivíduo ou da sociedade, restringindo inadequadamente, desnecessariamente ou desproporcionadamente os direitos conquistados por esses.

Atualmente, além dessa função controladora da ação do Estado, o Princípio da Proporcionalidade vem assumindo um importante papel no que se refere à interpretação e aplicação do direito.

De fato, Paulo Bonavides⁴⁹ sustenta, com propriedade, que “uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no Princípio da Proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismos entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.”

De acordo com a doutrina tradicional, interpretação é atividade lógica pela qual se determinam o significado, o conteúdo e o alcance de uma norma jurídica. Para Carlos Maximiliano⁵⁰ “Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.”

A aplicação, por seu turno, constitui atividade prática, através do qual o juiz ou o administrador irá fazer atuar o direito no caso concreto. Carlos Maximiliano⁵¹ assevera que: “A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica palavras: tem por objetivo descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse

⁴⁸ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 37.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 286-287.

⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 9.

⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. Idem, p. 8.

humano.” E, mais adiante, adverte: “A aplicação não prescinde da hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose.”

O Princípio da Proporcionalidade, a bem da verdade, vai fornecer parâmetros para o intérprete e o aplicador do direito, os quais, diante da situação posta, irão analisar os interesses conflitantes, elegendo aquela decisão mais adequada, necessária e proporcional para solucionar o caso concreto.

Mais do que isso, amparado no Princípio da Proporcionalidade, o aplicador do direito pode demonstrar, racional e objetivamente, que a decisão tomada se apresenta como sendo a mais consentânea ao caso específico. De fato, ao motivar a sentença, o juiz irá demonstrar que a mesma é adequada (é idônea para atingir o fim perseguido), necessária (restringe o menos possível o direito do sucumbente) e proporcional (elege o valor que, à luz do sistema jurídico, deve prevalecer no caso concreto, como forma de realização de justiça).

No mais das vezes, o caso concreto controvertido desafia o aplicador do direito a ponderar os valores que estão em jogo, elegendo aquele que, à luz dos princípios constitucionais, se apresenta como o mais relevante na espécie, devendo, por isso mesmo, ser privilegiado em maior medida do que aquele(s) outro(s), como forma de realização da justiça.

Essa atividade de ponderação, que se opera em face de uma dada colisão de princípios, é levada a cabo sob os auspícios do Princípio da Proporcionalidade, o qual orienta o aplicador na resolução do problema posto.

Nessa linha, vale citar a lição de Raquel Denize Stumm⁵²:

“A resolução de conflitos pela ponderação de resultados é realizada pelo Princípio da Proporcionalidade. É ele essencial à racionalidade do Estado do Direito, porque contém uma exigência de “justa medida” (Larenz) para o exercício do poder. Por isso, um princípio jurídico material. Os três elementos do princípio são o princípio da adequação e da necessidade, que são exigências constatadas concretamente, logo elementos fáticos; e o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito ou lei da ponderação, que avalia os pesos jurídicos dos respectivos bens ou direitos envolvidos no conflito no sentido de dar uma solução concreta justa.”

Deve-se ressaltar que, essa atividade de ponderação, que é conduzida pelo Princípio da Proporcionalidade, deve ser procedida levando em consideração os princípios basilares que

⁵²STUMM, Raquel Denize, op. cit., p 173.

informam o sistema jurídico, em especial e preponderantemente os princípios constitucionais, os quais se albergam no ápice do sistema.

Nessa ordem de idéias, Suzana de Toledo Barros⁵³ pontifica: “...a proporcionalidade extrapola os estreitos limites da racionalidade, como atributo de pertinência lógica, para se tornar uma exigência de equilíbrio de valores considerados. Por isso, qualquer juízo de razoabilidade acerca de discrimen tomado pelo legislador deve ser iluminado pelos padrões valorativos da ordem constitucional.”

Pode-se dizer, sem medo de incorrer em erro, que o Princípio da Proporcionalidade assumirá uma função de “ponte” entre o caso concreto posto e o sistema jurídico como um todo. Em outras palavras, através do Princípio da Proporcionalidade e de seus subprincípios estruturantes, é possível canalizar os princípios (ou valores) contidos no sistema, concretizando-os, com justiça, na decisão que irá solucionar a situação controvertida.

A chamada interpretação sistemática, nesse diapasão, assume inquestionável importância, porque é através dela, conduzida à luz do Princípio da Proporcionalidade, que o aplicador irá imprimir, no caso posto, a carga máxima de eficácia dos valores e princípios contidos no sistema jurídico.

Juarez Freitas⁵⁴, em estudo sobre a interpretação sistemática, assevera que: “assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.”

Como se pode perceber, através da interpretação sistemática, cabe ao intérprete estabelecer uma hierarquia entre princípios, valores e normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, com vistas a aplicar aquela fonte que, à luz do sistema jurídico, é a mais adequada à espécie.

Tendo isso em mente, pode-se dizer que o Princípio da Proporcionalidade irá auxiliar o intérprete e o aplicador a estabelecer essa hierarquia entre princípios, valores e normas jurídicas, não só na condução do raciocínio, mas também na motivação da decisão, a partir da demonstração de que a decisão tomada é adequada, necessária e proporcional.

É evidente que a interpretação sistemática, potencializada pelo Princípio da Proporcionalidade, irá concretizar aqueles princípios que informam o sistema jurídico como

⁵³ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p 199.

⁵⁴ FREITAS, Juarez, op. cit. p. 60.

um todo, em especial os princípios constitucionais, os quais estão, ao mesmo tempo, na base e no ápice do sistema.

Por tal razão, não se pode deixar de considerar que o *princípio da interpretação conforme a constituição* e o *princípio da unidade da constituição* assumem especial relevo na busca da interpretação mais justa ao caso concreto.

Com efeito, Paulo Bonavides⁵⁵ adverte com propriedade:

“O emprego do critério da proporcionalidade pode resultar sem dúvida no grave risco de um considerável reforço dos poderes do juiz, com a conseqüente diminuição do raio de competência elaborativa atribuída ao legislador. Mas em verdade esse risco se atenua bastante quando o princípio da proporcionalidade, como via interpretativa, entra em conexão com a chamada ‘interpretação conforme a constituição’, de largo uso jurisprudencial nos arestos da corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, onde também a doutrina já o consagrou por um dos métodos mais eficazes e recomendáveis de solução hermenêutica de conflitos.”

Quanto ao princípio da unidade da constituição, Luís Roberto Barroso⁵⁶ assevera:

“É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.”

Ou seja, o intérprete deve pautar a sua atividade pela lógica da preservação, buscando harmonizar os princípios jurídicos que estão em jogo, restringindo o menos possível cada um deles, como forma de preservar a unidade da Constituição.

Ora, essa lógica sistemática, que visa realizar, no caso concreto, os valores contidos na Constituição, preservando ao máximo a sua unidade, muito tem a ver com a lógica do Princípio da Proporcionalidade, já que este, como visto, visa justamente atingir tais objetivos.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 388.

⁵⁶ BARROSO, op. cit., p. 188.

Compartilhando desse entendimento, Raquel Denize Stumm⁵⁷ sustenta o seguinte:

“Enquanto manifestação do Princípio do Estado Democrático de Direito, deve ser o Princípio da Proporcionalidade, além de material, procedimental, pois deve o Estado de Direito atender ao princípio da unidade e ao da concordância prática ao concretizar o conteúdo da Constituição. A exigência de respeito ao conteúdo constitucional implica no dever que tem o intérprete-aplicador de atender a ‘especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio em relação aos outros, antes aponta para a harmonia dos mesmos, de forma a obter-se a máxima efetividade de todos eles’ (Canotilho, 1991, p. 352)”.

Só que o Princípio da Proporcionalidade ainda traz a vantagem de oferecer parâmetros que permitem demonstrar a realização de tais valores. E esses parâmetros são justamente aqueles subprincípios que estruturam o Princípio da Proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em outras palavras, através da argumentação ou da motivação, o intérprete ou o aplicador do direito deverão demonstrar que, à luz da Constituição, a decisão tomada foi a mais adequada, necessária e proporcional em face do caso concreto.

Disso tudo se extrai que o Princípio da Proporcionalidade pode ser utilizado não só para orientar a atividade do intérprete como também para auxiliar o aplicador a concretizar, com justiça, o direito no caso concreto, realizando os valores albergados na Carta Magna.

Estudados os contornos e as bases conceituais do Princípio da Proporcionalidade, no capítulo que segue estabeleceremos uma visão jurídica da Educação, tratando da natureza jurídica e dos princípios juspedagógicos do Direito Educacional, bem como das questões atinentes à autonomia universitária e à livre iniciativa do ensino, tudo com vistas a colher elementos conceituais necessários para compreender as peculiaridades que envolvem as relações jurídicas entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

⁵⁷ STUMM, Raquel Denize, op. cit., p 121.

2 VISÃO JURÍDICA DA EDUCAÇÃO

2.1 O Direito Educacional: um novo ramo da Ciência Jurídica

Inegavelmente, a Educação possui estreita relação com o fenômeno jurídico, na medida em que constitui uma condição de ascensão do homem, na sua projeção pessoal e social.

O direito, como mecanismo de realização humana e social, não fica alheio a essa realidade, fazendo integrar em seu sistema uma série de normas e princípios que garantem ao homem o acesso à Educação.

Segundo Edivaldo M. Boaventura⁵⁸, o fenômeno jurídico, sob a ótica da Educação, comporta, pelo menos, três concepções: faculdade atribuída ao educando, norma que rege comportamento de ensino e ramo da ciência jurídica, isto é, o Direito Educacional.

Como faculdade, ensina o autor, a Educação tem sido freqüentemente proclamada como direito de todos. Assim é que o artigo 205 da Constituição de 1988 expressamente consigna que a Educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser incentivada com a colaboração da sociedade.

Aqui a assertiva de Boaventura merece um adendo para esclarecer que a Educação fundamental, dada a sua relevância social, no nosso sistema jurídico, constitui uma obrigação imposta aos cidadãos e não uma faculdade, bastando ver o teor do disposto no artigo 208, inciso I, da Constituição.

De fato, o dispositivo em tela estabelece que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, assegurando a sua oferta gratuita inclusive para aqueles que não tiveram acesso na idade própria.

A par desse dispositivo constitucional, o artigo 54, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma a obrigatoriedade do ensino fundamental e, no seu artigo 55,

⁵⁸ BOAVENTURA, Edivaldo M. O direito educacional no cenário legal do Brasil: origens, fontes e campo de aplicação. 1ª Parte. *Revista do Direito Educacional*. Rio de Janeiro, n. 17, nov./dez. 1992, p. 9-22

estabelece que os pais ou os responsáveis legais têm a obrigação de matricular os seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Por seu turno, a Educação, como norma, é concebida como o sistema de regras que regem a relação de ensino-aprendizagem, na sua estrutura e no seu desenvolvimento. Trata-se de uma concepção estritamente normativa da Educação, que põe em relevo a legislação atinente ao ensino.

Nessa linha, é importante não confundir legislação de ensino com Direito Educacional. Como bem salienta Elias de Oliveira Motta⁵⁹ :

“No primeiro sentido, temos uma plethora de normas que vão desde leis federais, estaduais e municipais até pareceres do Conselho Nacional de Educação, decretos do Poder Executivo, portarias ministeriais, estatutos e regimentos das escolas, que constituem a conhecida tradicional disciplina Legislação do Ensino, a qual é parte integrante, mas restrita, do Direito Educacional, pois não inclui nem a unidade doutrinária, nem a sistematização de princípios, nem tampouco a metodologia que estrutura um corpo jurídico pleno.”

Como ramo da ciência jurídica, o Direito Educacional se identifica por possuir um conjunto de princípios, normas e institutos próprios, sobre os quais, através de métodos típicos, produz-se uma considerável doutrina e jurisprudência.

Essa última concepção, o Direito Educacional como ramo da ciência do direito, é a que nos interessa mais especificamente, pois de seu contexto mais amplo é que se extraem os princípios que embasam o sistema jurídico educacional, com os quais, através do Princípio da Proporcionalidade, poderão ser resolvidos os casos concretos de conflito de interesses entre aluno e estabelecimento de ensino.

Com efeito, a Educação, segundo o artigo 205 da Constituição, constitui um direito de todos, ou seja, invocável pelo cidadão em face do Estado e prestado por este ou por quem ele autorizar, na forma da lei.

De outra sorte, como direito social, a Educação ao lado da saúde e do trabalho⁶⁰, é protegida por uma série de garantias constitucionais que procuram efetivar a prestação educacional, direta ou indiretamente, pelo Estado.

⁵⁹ MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito educacional e educação no século XXI*. Brasília: UNESCO, 1997, p. 51.

⁶⁰ A Educação, a saúde e o trabalho estão contemplados, como direitos sociais, no art. 6º da Constituição. A Carta Magna disciplina a Educação nos artigos 201 a 214, a saúde nos artigos 196 a 200, e o trabalho no art. 7º.

Dentre as muitas leis ordinárias que disciplinam o processo de ensino e aprendizagem, sobressai a de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, promulgada em 20 de dezembro de 1996.

Dita Lei, disciplina, entre outros aspectos, os princípios, os fins, a organização, os níveis e as modalidades da Educação nacional. Contempla, também, os profissionais da Educação, bem como os recursos financeiros destinados à Educação. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB - regulamenta de forma mais minudente aqueles princípios educacionais consagrados na Constituição, trazendo-os para mais perto da realidade concreta.

Paulo Nathanael Pereira de Souza⁶¹ salienta:

“Os princípios que regem a Educação nacional, enunciados no texto constitucional devem ser ajustados, na sua aplicação a situações reais, que envolvem: o funcionamento das redes escolares, a formação dos especialistas docentes, as condições de matrículas, aproveitamento da aprendizagem e promoção de alunos, os recursos financeiros, materiais, técnicos e humanos para o desenvolvimento do ensino, a participação do poder público e da iniciativa particular nos esforço educacional, a superior administração dos sistemas de ensino, as peculiaridades que caracterizam a ação didática nas diversas regiões do país, etc. São esses ajustamentos, essas diretrizes nascidas das bases inscritas na Carta Magna, que se constituem na matéria-prima de uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.”

A par da LDB, não se pode deixar de referir que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990) contemplou um capítulo especial em seu texto para disciplinar o direito das crianças e dos adolescentes à Educação.

Com efeito, o capítulo IV do referido Estatuto (artigos 53 a 59) estabelece, entre outros aspectos, que a criança e o adolescente têm direito à Educação que garanta o seu pleno desenvolvimento, o preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. A par disso, assegura a igualdade de condições de acesso e permanência na escola, o direito de serem respeitados por seus educadores, o direito de contestar critérios avaliativos, o direito de organização e participação em entidades estudantis e o direito ao acesso à escola pública e gratuita perto de sua residência.

⁶¹ SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *LDB e ensino superior (estrutura e funcionamento)*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 69.

Como se pode perceber, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito de sua especificidade, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de cunho mais amplo, constituem fontes legislativas de fundamental importância para o Direito Educacional, já que albergam e dão concretude aos princípios constitucionais da Educação nacional.

A par das fontes legislativas, não se pode deixar de considerar que a autonomia do Direito Educacional também se denota pela existência de institutos jurídicos próprios.

De fato, o Direito Educacional possui institutos que lhe são peculiares, os denominados institutos “juseducacionais”, v.g., o concurso vestibular, a matrícula, o currículo, o pré-requisito, a transferência e o jubramento.

O concurso vestibular, ou simplesmente o vestibular, constitui um certame composto de provas para selecionar alunos que já concluíram o ensino médio para o ingresso em curso de nível superior. As provas do vestibular avaliam conhecimentos do ensino médio e o ingresso no curso superior observa a ordem de classificação no concurso.

A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no seu artigo 44, inciso III, estabelece que os cursos de graduação estarão abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em *processo seletivo*. Veja-se, a LDB não faz mais alusão ao *concurso vestibular*, mas sim ao *processo seletivo*.

Com isso, o ingresso em curso superior não está mais condicionado necessariamente a realização de concurso de provas (vestibular), mas sim a um processo seletivo, que pode ser realizado até mesmo mediante entrevista do aluno e análise do seu retrospecto escolar no Ensino Fundamental e Médio.

Por seu turno, a matrícula constitui ato através do qual o aluno se vincula a um determinado curso ministrado por estabelecimento de ensino. A matrícula assume diversas modalidades, p. ex., matrícula inicial ou originária, quando o ingresso se dá no início do curso; matrícula por transferência, quando um aluno transfere a sua matrícula de um estabelecimento de ensino para o outro, no mesmo curso; matrícula por reopção, quando o aluno estava matriculado em determinado curso superior e opta por se matricular em outro, sem necessidade de prestar novo vestibular.

De outra sorte, o currículo constitui um conjunto de disciplinas, dispostas de forma lógica, progressiva e sistemática, que o aluno deve cumprir integralmente para obter grau em curso de nível superior. Existem os chamados currículos mínimo e pleno⁶².

⁶² O artigo 53, inciso II, da Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), dispõe o seguinte: “No exercício de sua autonomia, são asseguradas às Universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: ... II – Fixar os currículos dos seus programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes.”

O primeiro é integrado de disciplinas básicas e fundamentais que devem ser observadas e cumpridas por todos estabelecimentos de ensino superior do país, como garantia de formação em nível superior e uniformidade do ensino ministrado no território nacional, capaz de ensinar e viabilizar a transferência de alunos entre os diversos estabelecimentos de ensino.

O segundo, além de integrar disciplinas básicas e fundamentais (currículo mínimo) integra também outras disciplinas específicas, que em geral contemplam necessidades da comunidade local ou visam dar ênfase a uma dada especificidade do ramo do saber.

Paralelamente ao currículo, temos outro instituto juspedagógico denominado pré-requisito, ou melhor dizendo, disciplina pré-requisito. De efeito, na organização curricular, é dado às instituições de ensino estabelecer disciplinas pré-requisito de outras, a fim de garantir a adequada progressividade da formação do aluno. Assim, dada a sua generalidade e relevância, as disciplinas pré-requisitos constituem o pressuposto de outras, devendo ser cumpridas por primeiro como condição de assimilação das demais. Daí porque se constituem disciplinas “pré-requisitos”, cujo cumprimento é condição para a matrícula nas disciplinas subsequentes.

A transferência⁶³, por seu turno, é um instituto educacional através do qual o aluno se desliga de um dado estabelecimento de ensino, transferindo-se, juntamente com a sua matrícula, para um outro estabelecimento de ensino congênere, que o aceita. A transferência pode ser voluntária ou *ex officio*. No primeiro caso, o aluno voluntariamente se desliga de um dado curso para se vincular a outro congênere mantido por outro estabelecimento de ensino, observados o processo seletivo, a compatibilidade de estudos e a existência de vaga. No segundo, a transferência se dá para outro estabelecimento de ensino, observada a compatibilidade de estudos mas independentemente da existência de vaga, em razão da remoção ou transferência de funcionário público federal, civil ou militar, na forma da Lei.

O jubramento, por sua vez, constitui ato de cancelamento da matrícula de aluno (rompimento do vínculo com o estabelecimento de ensino) em virtude de reiteradas reprovações em determinada disciplina (em geral três reprovações) ou de não conclusão do curso de graduação no prazo máximo fixado para a integralização do respectivo do currículo, observadas, nas duas hipóteses, o disposto nos estatutos e regimentos escolares que regem especificamente a matéria.

⁶³ O artigo 49 da Lei 9.394/96 de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), dispõe o seguinte: “As Instituições de Educação Superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas e mediante processo seletivo.”

Como se pode perceber, todas essas figuras institucionais evidenciam a existência de um ramo do saber jurídico que se ocupa em disciplinar a Educação, distribuindo direitos e deveres para o aluno e para estabelecimento de ensino. A esse ramo dá-se o nome de Direito Educacional.

A par dos institutos educacionais, destacam-se, também, a jurisprudência administrativa e a judiciária como fontes do Direito Educacional.

Com efeito, as decisões proferidas pelos juízes e tribunais, provocadas por litígios oriundos do processo de ensino-aprendizagem, são de fundamental importância para o Direito Educacional, na medida em que contribuem sobremaneira para o aperfeiçoamento dos conceitos e solidificação dos institutos juspedagógicos.

De fato, a jurisprudência vai sedimentando a interpretação das leis educacionais, auxiliando na sua compreensão e interpretação, servindo como base para adequação de procedimentos e tomada de decisões administrativas.

Por sua vez, como bem ressalta Edivaldo Boaventura⁶⁴, a jurisprudência administrativa goza de ampla audiência no Direito Educacional.

Com efeito, os pareceres proferidos pelo extinto Conselho Federal de Educação, bem como os pareceres do atual Conselho Nacional de Educação são de valor inestimável para o Direito Educacional, evidenciando a sua autonomia científica, pois constituem fonte *sui generis* de produção e interpretação do Direito.

Em verdade, ditos pareceres, no mais das vezes, assumem força de verdadeiras decisões administrativas, que inclusive são sumuladas⁶⁵, constituindo-se fonte de aplicação do direito educacional.

A Lei 9.131 de 24 de novembro de 1995 ao mesmo tempo que substituiu o antigo Conselho Federal de Educação pelo Conselho Nacional de Educação, conferiu a este atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministério da Educação. Em outras palavras, além de emitir pareceres e deliberar sobre assuntos que lhe são submetidos, o Conselho Nacional de Educação tem também o poder de normatizar determinadas matéria educacionais.

⁶⁴ BOAVENTURA, Edivaldo M. O direito educacional no cenário legal do Brasil: origens, fontes e campo de aplicação. 2ª Parte. *Revista de Direito Educacional*. Rio de Janeiro, N. 18, Jan./Fev., 1993, p. 5-17.

⁶⁵ A título de exemplo: Parecer Cesu-CFE nº 140/92, aprovado em 19-2-92. "CURRÍCULO NOVO – ENTRADA EM VIGOR – Jurisprudência firmada por este Conselho determina que o novo currículo pleno somente entra em vigor no ano letivo subsequente ao de sua aprovação e que só ficam isentos de se adaptarem ao novo currículo os alunos que estejam cursando o último ano." (Relator: Cons. Arnaldo Niskier. *Documenta*, Brasília, N. 374, p. 144, fev. 1992)

Com isso, a par da produção legislativa ordinária (oriunda do Poder Legislativo), passa-se a ter um órgão com poderes normativos vinculado ao Poder Executivo (Ministério da Educação), numa espécie de exceção ao princípio da tripartição de poderes. Com efeito, o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição diz competir privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da Educação nacional, ao passo que a Lei em tela (9.131/95) confere poderes normativos ao Conselho Nacional de Educação. Tal particularidade ocorre em virtude da natureza especial da matéria, qual seja, a Educação.

De fato, o processo de ensino e aprendizagem, muitas vezes, assume particularidades e especificidades que escapam da regra geral, *in casu*, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ou outras leis de igual jaez, como o já citado Estatuto da Criança e do Adolescente.

E essas particularidades ou especificidades devem receber tratamento diferenciado. Daí porque o Conselho Nacional de Educação possui poderes consultivos, deliberativos e normativos, para poder justamente analisar e contemplar tais situações especiais.

Não é por outro motivo que o artigo 207 da Constituição confere autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades, justamente para que as mesmas possam se adequar e atender a esses casos particulares que fogem da regulamentação geral. Veja-se que o artigo 53, inciso V, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), dispõe que as universidades, no exercício de sua autonomia, podem elaborar os seus próprios estatutos e regimentos.

Mas, convém ressaltar que esse poder normativo conferido ao Conselho Nacional de Educação e às Universidades, para regulamentar matéria educacional, não podem exorbitar os limites estabelecidos na Constituição, devendo estar em consonância com os princípios consagrados na mesma, sob pena de inconstitucionalidade da norma.

Registre-se, ainda sob esse tópico, que as decisões dos Conselhos Estaduais e Municipais de Ensino, na esfera das respectivas competências, possuem a mesma força como fonte de Direito Educacional.

Também, as decisões e resoluções dos órgãos colegiados das Universidades particulares (os denominados Conselhos Universitários), são fontes vivas do Direito Educacional, aplicáveis na esfera de sua autonomia constitucional.

A doutrina, por seu turno, representa fonte valiosa neste ramo do Direito, na medida em que contribui para a compreensão, a interpretação, a aplicação, a criação e a sedimentação do Direito Educacional, contribuindo, também, para sua autonomia científica.

O Direito Educacional, por fim, caracteriza-se por possuir uma série de princípios jurídicos que lhe são peculiares, princípios esses que lhe dão fundamento e orientam a sua aplicação.

Pela importância que representam para a aplicação e interpretação do Direito Educacional, os princípios informadores desse ramo do saber jurídico irão se estudados no item 2.2 a seguir.

Antes de encerrar, cumpre referir que a denominação *Direito Educacional* vem sendo empregada muito modestamente no meio forense. Poucos acórdãos sobre a matéria utilizam a referida denominação, havendo até mesmo quem o enquadre como uma divisão do direito administrativo, o que, ao nosso sentir, é equivocado.

De fato, todas as considerações acima traçadas serviram para demonstrar que o Direito Educacional possui autonomia didático-científica, já que dotado de fontes, institutos, princípios, doutrina e jurisprudência que lhe são peculiares.

Dessa forma, pode-se finalizar esse tópico invocando o magistério de Pedro Sancho da Silva⁶⁶, nos seguintes termos:

“Assim é o direito educacional. para uns é o Ramo do Direito Social constituído de um conjunto de princípios e normas que presidem às relações jurídicas decorrentes do processo educacional. Segundo Dr. Renato Alberto Di Dio ‘Direito Educacional é o conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem’. Outros já o conceituam como a disciplina jurídica informadora das relações de direitos e deveres ocorrentes na Educação, como processo pedagógico e como direito subjetivo público. Finalmente, dir-se-ia que Direito Educacional é o Ramo do Direito Social constituído do conjunto de princípios, regulamentos, normas e decisões administrativas e dos Tribunais que regulam as relações jurídicas havidas no processo educacional.”

⁶⁶ SILVA, Pedro Sancho. *Princípios do direito educacional e institutos juspedagógicos (caderno de assuntos jurídicos nº 7)*. Salvador: PROJUR/UNEB, 1993, p. 7-8.

2.2 O Direito Educacional e seus Princípios Juspedagógicos

Por sua importância social, a Educação recebeu uma especial atenção do legislador constituinte. Com efeito, o artigo 6º da Constituição eleva a Educação ao patamar de direito social, ao lado da saúde e do trabalho, considerando-os como bens da mesma grandeza.

A Constituição, nos artigos 205 a 214, define a Educação como direito de todos e dever do Estado, estabelece princípios e garantias para a Educação, declara que o ensino é livre à iniciativa privada, reconhece a autonomia das universidades, estabelece critérios para a organização dos sistemas federal, estadual e municipal de ensino.

O Estado consigna em seu Estatuto Jurídico-Político os princípios norteadores da Educação nacional, princípios estes de observância obrigatória para todos os envolvidos no processo de ensino-aprendizagem, v.g., alunos, professores, entidades particulares e públicas de ensino.

O artigo 205 da Carta Magna, na sua parte final, estabelece que a Educação será promovida e incentivada visando:

- a) o pleno desenvolvimento da pessoa,
- b) o seu preparo para o exercício da cidadania e
- c) a sua qualificação para o trabalho.

Sem dúvida, a Educação não se resume a mera repetição de conhecimentos. Ao contrário, a Educação deve promover e incentivar o homem a desenvolver as suas potencialidades, na busca de novos conhecimentos, que revertam não só para o aprimoramento do homem individualmente considerado, mas também para o aprimoramento das relações sociais.

De outra sorte, não há como se negar que é através da Educação que o homem é preparado para o exercício da cidadania. Cabe advertir, no entanto, que para atingir essa finalidade, há de se promover uma Educação libertadora, crítica, esclarecedora e aberta, que ponha o sujeito em condições de ser sujeito da sua própria história e de participar ativamente nos destinos da sociedade em que se insere. Faz-se essa advertência na medida em que a Educação já foi utilizada, e sempre pode sê-lo, não se olvide, como instrumento de reprodução de regimes autoritários e totalitários, que anulavam e anulam por completo o homem na sua dimensão individual e social, alijando-o do exercício da cidadania.

No que tange à qualificação para o trabalho, com toda a certeza, é através da Educação que o homem aprimora as suas potencialidades e adquire o cabedal de conhecimentos para enfrentar o mercado de trabalho. Também, é através da Educação que se desenvolvem novas

tecnologias e novos métodos de trabalho, fatores que contribuem diretamente para a qualidade de produtos e serviços.

Todos esses objetivos (pleno desenvolvimento do homem, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho) por representarem o norte da Educação e o desejo social, devem ser realizados pelo intérprete ou pelo aplicador do direito, quando encarregados de solucionar um dado caso concreto que envolva matéria educacional.

Com efeito, não se pode deslembrar que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicável também nessa seara como nos demais ramos do Direito, dispõe que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nesse sentido, se da aplicação do Direito resultar prejuízo ao desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, ou restrição à sua qualificação profissional, ocorrerá a violação ao preceito constitucional, na medida em que a Educação não alcançará o seu objetivo social.

De outra parte, é de extrema relevância destacar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB – ao regulamentar o preceito constitucional em tela, trouxe para o cenário jurídico educacional outros dois princípios fundamentais, quais sejam, o da liberdade e o da solidariedade humana.

Com efeito, o artigo 2º da LDB dispõe que a Educação, dever da família e do Estado, é inspirada *nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana*, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Para atingir os seus objetivos e para efetivamente ser plena, a Educação necessariamente deve estar calcada nos princípios de liberdade. Não é para menos que a própria Constituição, no seu artigo 206, garante o princípio da liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, bem como o princípio da pluralidade de idéias e concepções pedagógicas. Sem a garantia desses princípios, a Educação, ao invés de ser libertadora, poderia servir como um forte instrumento de dominação, a serviço de interesses escusos. Veja-se, a Educação livre é a garantia da própria liberdade do homem. Se a Educação não é livre, o homem não é educado e não se educa, mas sim se aliena, ficando a mercê do modelo imposto.

De outra parte, se verdadeiramente se deseja uma Educação que promova o pleno desenvolvimento do homem, tal Educação necessariamente há de ser fundamentada e inspirada nos ideais da solidariedade humana. Ser solidário é sentir-se responsável, é aderir a

um sentimento em comum. O ideal de solidariedade não permite que uma pessoa se desinteresse pela outra, criando um vínculo jurídico-moral entre as mesmas, que inclusive fundamenta a vida em sociedade e pereniza a humanidade.

Com isso, a Educação que o homem deseja para si deve ser a mesma para o seu semelhante e vice-versa. De nada adianta o homem promover os seus próprios conhecimentos, sem compartilhá-los ou colocá-los a serviço dos seus semelhantes. Do mesmo modo, de nada adianta os povos mais abastados e avançados promoverem a Educação dos seus em detrimento dos demais.

Com efeito, a Educação não é um fim em si mesmo. O seu valor só é denotado e aproveitado quando compartilhado. A Educação não soa com o egoísmo, mas sim com o compartilhamento e com a solidariedade.

Por seu turno, a Constituição não se limitou a assegurar o direito à Educação e a estabelecer os seus objetivos, foi além: traçou princípios que presidem a atividade de ensino.

Tais princípios estão consignados no artigo 206 da Carta Magna, merecendo destaque o da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; o da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; e o da garantia de padrão de qualidade.

O princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola constitui, em última análise, uma das dimensões do princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição. A toda evidência, no campo educacional, com mais razão, há de ser observado dito princípio, garantindo a todas as pessoas não só a igualdade de condições no acesso, mas também igualdade condições de permanência na escola.

É sempre bom lembrar que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Nesse sentido, sendo a Educação um direito de todos, sem distinção, o ensino deve adequar-se às necessidades da demanda, atendendo aos pobres e aos ricos, aos brancos e aos negros, aos que possuem confissões religiosas e aos que não possuem, aos “normais” e aos portadores de necessidades especiais.

De outra parte, o princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, nada mais é do que a expressão do princípio da liberdade voltada para a área educacional.

Veja-se, não é possível conceber uma sociedade livre, democrática e plural sem que se garanta a liberdade de aprender, de ensinar e de divulgar o conhecimento. Do mesmo modo,

sem essas garantias, não haveria o que se falar de cidadania, pois não há cidadania onde a liberdade do homem de aprender, de ensinar e de manifestar o seu pensamento não é reconhecida e garantida pelo Estado.

Por seu turno o princípio do pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas visa justamente garantir com que a Educação realmente seja capaz de promover o pleno desenvolvimento da pessoa humana e prepará-la para o exercício da cidadania. A convivência numa sociedade efetivamente democrática pressupõe que os homens aceitem e respeitem as suas diferenças, ou seja, admitam que nem todos pensam da mesma forma e que nem todos vêem do mesmo modo as coisas do mundo. É justamente a aceitação e o respeito a esse pluralismo de idéias, calcado no princípio da reciprocidade, que permite o convívio social e o exercício das liberdades individuais. O pluralismo de concepções pedagógicas é o corolário do pluralismo de idéias. De fato, nem todos os educadores possuem a mesma concepção pedagógica, e nem poderia ser diferente, pelo simples fato de que nem todos os educandos são iguais, e nem todos desafiam o mesmo método ou estratégia de ensino.

Nessa linha, Paulo Freire⁶⁷ já advertia que não se pode ensinar um camponês, no âmbito de sua comunidade rural, do mesmo modo e com o mesmo método aplicável a uma pessoa que vive no meio urbano. De fato, o educador deve adequar os seus métodos pedagógicos, levando em consideração as peculiaridades do meio em que se insere o educando.

A coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, erigida a princípio constitucional atinente ao ensino, traduz uma das facetas dos princípios da liberdade do ensino e do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas. É realmente salutar que coexistam estabelecimentos públicos e privados de ensino, não só para garantir diferentes propostas pedagógicas, mas também para atender a demanda emergente de alunos, principalmente em nível superior de ensino. Registre-se, por oportuno, que coexistência traduz-se na idéia de respeito e aceitação mútua, e não erigir-se na idéia de competição. Por isso é que, cada vez mais, observa-se a promoção de convênios ou de parcerias entre estabelecimentos públicos e privados de ensino, com vistas a realização de pesquisas, cursos de pós-graduação, intercâmbio de tecnologias. Afinal de contas, o que se deseja com a Educação é o pleno desenvolvimento da pessoa humana, e tal objetivo só é atingido quando se proporciona Educação para todos, o que também desafia a coexistência e cooperação entre estabelecimentos públicos e privados de ensino.

⁶⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1987, p. 84.

O princípio da garantia do padrão de qualidade do ensino é de fundamental importância para a Educação. Com efeito, não se deseja qualquer ensino, mas sim um ensino de qualidade, capaz de efetivamente promover o pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualificando-a para o exercício da cidadania e do trabalho. Várias têm sido as medidas implementadas pelo Estado com vistas a garantir o padrão de qualidade do ensino. De fato, hodiernamente, os cursos superiores vêm sendo avaliados periodicamente no que tange à estrutura física, às condições de oferta e à qualificação dos professores. Do mesmo modo, anualmente se realiza o chamado Exame Nacional de Cursos⁶⁸, onde são avaliados alunos concluintes de curso superior⁶⁹, com vistas a aferir a qualidade do ensino ministrado pelas universidades. Os baixos conceitos nessas modalidades de avaliação podem determinar até mesmo o fechamento dos cursos avaliados, tudo como medida de garantir o padrão de qualidade. Não se pode esquecer, no aspecto, que a própria LDB (Lei 9.394/96) estabeleceu no seu artigo 52 que as universidades, para serem consideradas como tais, devem ter um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de Mestrado ou Doutorado. Tal norma fez com que vários estabelecimentos de ensino superior promovessem a capacitação acadêmica dos seus professores, com incentivos à realização de cursos de pós-graduação *stricto sensu*.

Ainda, na esfera constitucional, merece destaque o princípio da autonomia universitária, expressamente contemplado pelo artigo 207 da Carta Magna, o qual dispõe que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Na verdade, como bem salienta José Afonso da Silva⁷⁰ o princípio da autonomia universitária nada mais é do que uma decorrência lógica daqueles princípios insculpidos no art. 206 da Constituição que asseguram expressamente a liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber.

Registre-se que, na esfera privada de ensino, a autonomia universitária é igualmente assegurada, desde que sejam observados os condicionantes impostos pelo artigo 209 da Constituição, quais sejam, o cumprimento das normas gerais da Educação nacional e a

⁶⁸ Vide Lei 9.131 de 24 de novembro de 1999.

⁶⁹ Ementa: "ADMINISTRATIVO. EXAME NACIONAL DE CURSOS ("PROVÃO"). INSCRIÇÃO DE CONCLUINTE. Há direito líquido e certo da impetrante, que se encontra no ano de conclusão do curso, de ser inscrita no Exame Nacional de Cursos ("Provão"), porquanto, se for impedida de realizar tal teste, não receberá o diploma de graduação. Impõe-se, ainda, a aplicação do fato consumado. Procedentes. Remessa oficial desprovida." (Remessa "ex-offício em Mandado de Segurança nº 63.545/PB – 98.05.17707-6 – Tribunal Regional da Federal da 5ª Região. Rel. Juiz José Maria Lucena. D. J. de 13/11/98 – seção II – p. 654).

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 712.

autorização e avaliação de qualidade pelo poder público. Pela extensão e pela importância desse tema, a autonomia universitária e a livre iniciativa no ensino serão abordados em tópicos próprios, itens 2.3 e 2.4 respectivamente, que adiante serão desenvolvidos.

Por fim, o artigo 214 da Constituição estabelece norma programática visando à criação de um plano nacional de Educação que articule o Estado e a Sociedade com vista à erradicação do analfabetismo, à universalização do atendimento escolar, à melhoria da qualidade de ensino, à formação para o trabalho e à promoção humanística, científica e tecnológica do país.

Quanto a este preceito, é imperioso destacar que os estabelecimentos de ensino, em atendimento a sua parcela de responsabilidade social para com a Educação, devem conduzir o planejamento de suas atividades também com vistas à consecução desses objetivos, eis que relevantes para o progresso social e o bem comum.

A par dos princípios constitucionais acima abordados, não se pode desconsiderar os princípios de Direito Educacional consagrados pela doutrina e pela jurisprudência, pois imanescentes ao sistema jurídico e verificáveis, como parâmetro justo e seguro, em diversos casos cuja controvérsia gire em torno do processo de ensino-aprendizagem.

Edivaldo Boaventura⁷¹, com base na lição de Renato Di Dio, classifica os princípios peculiares à Educação em existenciais e lógicos.

Os princípios existenciais, ou seja, que dizem respeito à própria razão de ser da Educação, são os seguintes:

- a) a Educação é universal;
- b) a Educação deve desenvolver o máximo da potencialidade;
- c) a Educação é irrenunciável;
- d) a Educação é irreversível;
- e) a Educação é personalíssima.

A Educação é universal por constituir um direito de todos, sem distinção, devendo ser assegurada e mantida, em igualdade de condições, a todos os cidadãos.

A Educação deve desenvolver o máximo da potencialidade, tendo em vista o mais perfeito aprimoramento do homem na sua condição pessoa e social.

A Educação constitui um direito público subjetivo, sendo obrigatório o ensino fundamental, com progressiva extensão ao médio e ao superior, razão pela qual constitui garantia irrenunciável.

⁷¹ BOAVENTURA, Edivaldo M. O direito educacional no cenário legal do Brasil: origens, fontes e campo de aplicação. 2ª Parte. *Revista de Direito Educacional*. Rio de Janeiro, n. 18, jan./fev., 1993, p. 14.

A Educação é irreversível, porquanto, uma vez absorvido o conhecimento, o mesmo não pode ser anulado ou apagado, ou seja, o homem não pode voltar ao *status quo ante*.

Por fim, a Educação é personalíssima uma vez que deve considerar as condições pessoais do educando, suas necessidades e suas potencialidades.

Quanto aos princípios lógicos, ou seja, aqueles necessários para efetivar o direito à Educação, pode-se enumerar os seguintes:

- a) princípio da liberdade acadêmica;
- b) princípio da igualdade de oportunidades;
- c) princípio da Educação compulsória; e
- d) princípio da Educação gratuita.

O princípio da liberdade acadêmica contempla a liberdade de educar e de aprender, bem como de divulgar e compartilhar o conhecimento, com vistas ao aprimoramento do saber e o progresso da ciência. A par disso, contempla também a pluralidade de idéias e de concepções pedagógicas, como pressupostos viabilizadores de uma Educação efetivamente plena.

A igualdade de oportunidades é o princípio que visa assegurar a todos, indistintamente, em igualdade de condições, reais e formais, o acesso à Educação. E essa igualdade, como já abordado, está fulcrada no respeito das diferenças e na busca de meios materiais que efetivamente iguale os desiguais na medida de suas desigualdades.

O princípio da Educação compulsória constitui medida necessária para garantir o direito à Educação, na medida em que a renúncia a tal direito, por parte do cidadão, importaria em esvaziamento dos objetivos sociais visados pela mesma, que são justamente os de preservar o desenvolvimento do homem, a sua cidadania e sua qualificação profissional.

A Educação gratuita constitui uma outra forma de assegurar o direito à Educação, em igualdade de condições, garantindo-se o ensino gratuito a todos, indistintamente.

Para finalizar, é necessário esclarecer que outros princípios, integrantes do nosso sistema jurídico, em que pese estarem mais presentes em outros ramos do Direito, poderão ser invocados ou sustentados para solucionar um dado caso concreto envolvendo matéria educacional, na medida em que os princípios não são estanques e que o Direito é uno e, portanto, dotado de ordem e unidade interna.

2.3 A Autonomia Universitária

A autonomia universitária, que já era consagrada pelo artigo 3º da Lei nº 5.540/68⁷², que fixava normas de organização e funcionamento de ensino superior e sua articulação com a escola média e dava outras providências, foi erigida a princípio constitucional na Carta Magna editada em 10 de outubro de 1988.

Com efeito, o artigo 207 da Constituição brasileira dispõe que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

O reconhecimento da autonomia universitária como princípio constitucional representou, sem dúvida nenhuma, um grande avanço não só para a Educação brasileira, mas também para a consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que a liberdade de aprender, ensinar e divulgar o conhecimento, bem como a garantia do pluralismo de idéias e concepções filosóficas, princípios esses determinantes de um Estado Democrático de Direito, só são possíveis diante de uma universidade verdadeiramente autônoma.

A questão da autonomia universitária confunde-se com a própria história da universidade, concebida como o centro de divulgação e produção do conhecimento. Com efeito, através da garantia de uma universidade autônoma, buscava-se libertá-la das eventuais ingerências externas, que pudessem colocar em risco a livre investigação da verdade, na busca do conhecimento pleno das mais diversas áreas do saber.

A luta histórica por uma universidade autônoma teve, como pano de fundo, o objetivo de assegurar a liberdade do pensamento humano, colocando-o a salvo de limitações externas, não raro estabelecidas pelo próprio poder estatal, a serviço dos seus próprios interesses ou de interesses escusos.

A relação histórica entre o poder estatal e o direito à liberdade de pensamento é magistralmente explicitada por Tomás-Ramón Fernández⁷³, nos seguintes termos:

⁷² O art. 3º da Lei 5.540/68 dispõe o seguinte: “As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos.”

⁷³ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *La autonomía universitaria: ámbito y límites*. Madri: Civitas, 1982, p.29.

Tradução do autor da dissertação: “Entre todas as liberdades públicas e direitos fundamentais cuja proclamação e defesa converteu-se felizmente, com muitos séculos de luta, em parâmetro universal das condutas dos homens e dos povos e na nova consciência do nosso tempo, há uma que os textos não destacam e que, sem embargo, é a mais importante de todas, porque todas tem nela a sua origem e razão de ser: a liberdade de pensar. Os textos legais não aludem a ela porque por sua própria natureza parece estar protegida de agressões exteriores, na medida em que o poder, que tem sido sempre inimigo tradicional da liberdade, só se interessa pelo que pensam os cidadãos quando esse pensamento começa a converter-se em ato.”

“De entre todas las libertades públicas y derechos fundamentales, cuya proclamación y defensa ha venido a convertirse felizmente, tras muchos siglos de lucha, en el parámetro universal de las conductas de los hombres y de los pueblos y en la nueva conciencia de nuestro tiempo, hay una que los textos no suelen destacar y que, sin embargo, es la más importante de todas, porque todas tienen en ella su origen y su razón de ser: la libertad de pensar. Los textos legales no aluden a ella porque por su propia naturaleza parece estar a cubierto de las agresiones exteriores, en la medida en que el Poder, que ha sido siempre el enemigo tradicional de la libertad, sólo se interesa por lo que piensan los ciudadanos cuando ese pensamiento comienza a convertirse en acto.”

Não se pode desconsiderar que o reconhecimento da autonomia universitária está também ligado ao princípio da liberdade de cátedra. De fato, a liberdade científica não constitui apenas um direito do professor, que visa isentá-lo de ingerências externas no tocante ao exercício de sua profissão, mas também um direito institucional que se traduz na idéia de assegurar que o próprio estabelecimento de ensino não se veja tolhido pelo Estado ou por outros entes de levar a cabo a sua missão de divulgar e produzir o conhecimento.

Em virtude dessas razões é que se pode afirmar que a elevação da autonomia universitária ao patamar de princípio constitucional constituiu realmente um avanço significativo para a organização jurídico-política do país, na medida em que, com ela, garantiu-se a liberdade de pensamento, a liberdade de cátedra e o pluralismo de idéias, valores esses que são fundamentais para o Estado Democrático de Direito. Note-se, ao garantir a autonomia das universidades, o Estado estabeleceu para si mesmo uma auto-limitação, qual seja, a de se abster de interferir na livre manifestação do pensamento dos seus cidadãos.

Nessa linha, Elias de Oliveira Motta⁷⁴ assevera, com propriedade, o seguinte:

“Agiu, pois, coerentemente o Poder Constituinte ao consagrar, em mandamento constitucional, a autonomia das universidades de forma ampla, pois ela é uma decorrência lógica de outro princípio, o da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Deixar-se a autonomia para ser definida apenas em lei ordinária seria uma incoerência, em primeiro lugar, pois ela faz parte dos próprios direitos e liberdades fundamentais. Em segundo lugar, seria deixá-la ao sabor dos interesses que dominassem temporariamente o Governo, o qual poderia estendê-la ou restringi-la de acordo com sua vontade, já que, se tivesse maioria no Congresso Nacional, facilmente aprovaria quaisquer alterações que realmente quisesse.”

⁷⁴ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 177.

Nada obstante estar consagrada na Constituição, muitas pessoas, inclusive ligadas ao meio educacional, não sabem bem ao certo definir em que consiste a autonomia universitária e, muito menos, quais são suas dimensões e os seus limites.

O conceito de autonomia está ligado ao poder de autonormação. Nesse sentido, um ente pode ser considerado autônomo quando ele mesmo tem o poder de produzir as suas próprias normas. Transportando essa noção para o nosso campo de interesse, poder-se-ia dizer que a autonomia universitária constitui o atributo que as universidades possuem, garantido pela Constituição, de produzir as suas próprias normas.

Elias de Oliveira Mota⁷⁵ fornece o seguinte conceito de autonomia universitária: “Pode ela ser definida como *‘a faculdade que dispõe uma instituição de ensino superior de organizar-se juridicamente, mediante transferência de poder pelo Estado que lhe assegura a competência decisória de se governar, fixando suas regras internas, a partir de suas próprias normas e regulamentos.*”

Mas esse poder de produzir as próprias normas, diga-se de plano, não é absoluto e irrestrito. De fato, ao mesmo tempo em que a Constituição garante a autonomia universitária, tal autonomia está limitada nos próprios preceitos insculpidos na Carta Magna. Em outras palavras, a autonomia universitária encontra amparo e limites na própria Constituição.

Nessa linha, são oportunas e precisas as palavras de Tomás-Ramón Fernández⁷⁶ sobre o tema:

“Del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación que la Constitución consagra resulta la posición de superioridad que el Estado ostenta con relación a todas las entidades de las que el texto fundamental predica la autonomía, que es así compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, siempre que no se trate de un control genérico e indeterminado susceptible de colocar al ente autónomo en una situación de subordinación o dependencia cuasi-jerárquica, así como con un control de oportunidad – aunque esto solamente en casos excepcionales que puedan fundamentarse en la propia constitución –, a reserva siempre de la revisión jurisdiccional ulterior del control ejercido.”

⁷⁵ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 176.

⁷⁶ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *La autonomía universitária: ambito y límites*. Madri: Civitas, 1982. p. 36-37. Tradução do autor da dissertação: “Do princípio da unidade e da supremacia dos interesses da nação que a Constituição consagra resulta a posição de superioridade que o Estado ostenta com relação a todas as entidades as quais o texto fundamental predica a autonomia, que é assim compatível com a existência de um controle de legalidade sobre o exercício das competências, sempre que não se trate de um controle genérico e indeterminado suscetível de colocar o ente autônomo em uma situação de subordinação ou dependência quase hierárquica, assim como um controle de oportunidade ainda que somente em casos excepcionais que possam fundamentar-se na própria Constituição, a reserva de revisão jurisdiccional ulterior ao controle exercido.

Por isso é que não se pode confundir autonomia com soberania. Da fato, as universidades, em razão do princípio da autonomia, podem estabelecer os seus próprios estatutos e regimentos, contudo, tais normativos não podem transpor os limites estabelecidos na Constituição, afetando os interesses e os anseios sociais nela insculpidos.

A propósito, Elias de Oliveira Motta⁷⁷ registra, com acerto, o seguinte: “A autonomia universitária não se confunde com soberania ou liberdade para se desprestigiar as leis; é, antes, um poder jurídico inerente à condição de ser de uma universidade.”

O artigo 207 da Constituição garante o exercício da autonomia universitária em três planos distintos e interdependentes entre si, a saber:

- a) o didático-científico, ou simplesmente acadêmico;
- b) o administrativo; e
- c) o de gestão financeira e patrimonial.

O artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), por seu turno, prevê as atribuições que estão afetas às universidades no exercício de sua autonomia constitucional.

Da conjugação desses dispositivos é que se extrai as dimensões e os limites da autonomia universitária estabelecidos no sistema jurídico educacional pátrio.

A autonomia didático-científica, ou acadêmica, assegura às universidades o direito de implementar e executar a sua estratégia de ensino, de estabelecer regras de organização acadêmica, enfim, de produzir norma regendo os aspectos didáticos e pedagógicos.

No exercício desse plano de autonomia, de acordo com a LDB, a universidade pode decidir e estabelecer normas sobre criação, expansão, modificação e extinção de cursos; ampliação e diminuição de vagas; elaboração da programação dos cursos; programação das pesquisas e das atividades de extensão, concessão de grau, diplomas e outros títulos.

Segundo Edivaldo Boaventura⁷⁸ “a autonomia didático-científica, que é a principal, confere à universidade o direito à liberdade de ensinar e pesquisar, de falar e de comunicar o pensamento. A expressão transforma a universidade no *locus*, no lugar social privilegiado da liberdade e é, em torno dela, que se desenvolvem as demais dimensões.”

⁷⁷ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 176.

⁷⁸ BOAVENTURA, Edivaldo M. Regime constitucional da educação. *Revista de Direito Educacional*. Rio de Janeiro, n. 31, mar./abr., 1995, p.19.

A autonomia administrativa, por sua vez, confere às universidades o direito de gerir os seus recursos materiais e humanos, estabelecendo planos de manutenção, melhoria e expansão de sua estrutura física, planos de carreira para os profissionais da Educação, programas de capacitação acadêmica para o corpo docente, entre outras medidas.

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no exercício de sua autonomia administrativa, as universidades podem firmar contratos, acordos e convênios; aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral; administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais; contratar e dispensar professores; estabelecer planos de carreira docente.

Elias de Oliveria Motta⁷⁹ sustenta que “A autonomia administrativa pode ser sintetizada como sendo a capacidade de autorganização e a liberdade de produção de suas próprias normas para a escolha de seu dirigente e para a administração de seus recursos humanos, materiais e patrimoniais, o que inclui desde a seleção e contratação de professores até o planejamento de seu desenvolvimento e a elaboração de seu orçamento.”

Por fim, a autonomia de gestão financeira e patrimonial consiste em assegurar às universidades o direito de planejar e executar o seu próprio orçamento, captando recursos junto aos órgãos públicos e privados, recebendo subvenções e doações, tudo para a consecução dos seus objetivos institucionais, que passa pela manutenção e melhoria de seus recursos humanos e materiais.

A LDB prevê que as universidades, no exercício da autonomia em tela, podem firmar contratos, acordos e convênios; administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos; receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas⁸⁰.

Segundo Elias de Oliveira Motta⁸¹:

“a autonomia de gestão financeira e patrimonial é a competência para gerir tanto os seus recursos (que podem vir do poder público, de instituições mantenedoras privadas, de organizações privadas e de serviços prestados pela própria universidade) quanto o seu patrimônio, de acordo com as regras

⁷⁹ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 177.

⁸⁰ O artigo 53, incisos VII e X, da Lei 9.394/96 (LDB), dispõe o seguinte: “No exercício de sua autonomia, são asseguradas às Universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: ... VII – Fimar contratos, acordos e convênios; X – Receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com Entidades Públicas e Privadas.”

⁸¹ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 177.

e procedimentos traçados internamente, o que exige liberdade para elaboração e execução de seu orçamento.”

No tocante às universidades particulares, não se pode deixar de esquecer que a captação de recursos para a manutenção, melhoria e expansão da sua estrutura física e de pessoal se dá através da cobrança de mensalidades escolares dos seus alunos.

A questão das mensalidades escolares, durante muito tempo, foi objeto de medidas provisórias, reeditadas mensalmente com pouca ou quase nenhuma alteração no texto legislativo. Em 26 de novembro de 1999, finalmente, foi editada a Lei 9.870, a qual disciplinou minudentemente o assunto, estabelecendo regras para fixação do valor total, anual ou semestral, das mensalidades escolares, prevendo a aplicação, no que couber, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), proibindo a retenção de documentos escolares por motivo de inadimplência, entre outros aspectos.

Tal Lei, como se pode perceber, também estabelece limites para o exercício da autonomia universitária, quer no plano acadêmico (proibição de retenção de documentos escolares) como no plano administrativo e no plano de gestão financeira, estabelecendo critérios e prazos para a fixação de mensalidades escolares.

Disso tudo, percebe-se que a autonomia universitária não constitui um direito amplo e irrestrito, ao contrário, trata-se de um direito que encontra limites na Constituição e na Legislação infraconstitucional reguladora da matéria específica.

Nesse sentido, como bem salienta Edivaldo Boaventura⁸²:

“uma dimensão da autonomia universitária que não pode ser esquecida é que ela não tem o caráter de uma liberdade total. Autonomia não é soberania. A liberdade acadêmica não é uma faculdade incondicionada sem norma e sem limite. Ora sendo a universidade uma instituição que pertence à sociedade e está vinculada aos organismos que a mantém, está sujeita a certas limitações em sua liberdade de ação e de funcionamento em razão mesmo dos objetivos que executa.”

Por isso é que a autonomia universitária, em última análise, é objeto de proteção e controle constitucional. Proteção, quando regularmente exercida para atingir os seus objetivos constitucionais. Controle, quando o seu exercício foge dos limites insculpidos na Constituição, em prejuízo do indivíduo ou da sociedade que são seus destinatários.

⁸² BOAVENTURA, Edivaldo M. Regime constitucional da educação. *Revista de Direito Educacional*. Rio de Janeiro, n. 31, mar./abr., 1995, p.19.

2.4 A Educação e a Livre Iniciativa

A Educação, de acordo com o artigo 6º da Constituição, é um direito social. Nesse sentido, dada a sua relevância para a sociedade, o Estado estabeleceu para si mesmo o dever de prestar a Educação, consoante se observa do disposto no artigo 205 da Carta Magna.

Nada obstante, o Estado não reservou somente para si o monopólio da Educação, basta ver que compartilhou esse compromisso com a família e também com a sociedade (o mesmo artigo 205 da Norma Ápice), de quem espera o incentivo necessário para se desincumbir de seu dever precípua.

Em virtude disso, por contar com o apoio e o incentivo da sociedade, o Estado, por uma decorrência lógica, dispôs que o ensino é livre à iniciativa privada (art. 209 da Constituição), já que conta com ela para atender a demanda social e, com isso, prestar a Educação para todos, em todos os níveis e modalidades de ensino.

A propósito, em várias passagens, a Carta Magna reconhece o valor da livre iniciativa, incentivando-a e contando com ela para o desenvolvimento da sociedade e do país. Com efeito, já no seu artigo 1º, inciso IV, a Norma Fundamental estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Em seguida, no artigo 5º, inciso XVII, a Constituição dispõe que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

Mais adiante, no artigo 170, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Constituição, ao declarar que o ensino é livre à iniciativa privada nada mais fez do que dar expressão e aplicação do princípio constitucional da livre iniciativa na área educacional, contando com os particulares (ou melhor dizendo, com a sociedade) para prestar o direito à Educação, visando dar a todos os cidadãos existência digna.

Mas, ao mesmo tempo em que permitiu que o ensino fosse ministrado pela iniciativa privada, consoante o disposto no artigo 209 da Constituição, o Estado condicionou a prestação desse serviço ao atendimento de duas condições básicas, a saber: a) cumprimento das normas gerais da Educação nacional e; b) autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Como bem salienta Elias de Oliveira Motta⁸³: “A exigência de respeito à legislação e de autorização e avaliação pelo poder público é uma decorrência natural do caráter social da atividade, a qual diz respeito a um dos direitos sociais, o da Educação,(...)”.

De fato, o cumprimento das normas gerais da Educação nacional constitui uma condição necessária para a prestação do serviço educacional pela iniciativa privada, já que as diretrizes e bases da Educação nacional são estabelecidas privativamente pela União (artigo 22, inciso XXIV, da Constituição) devendo ser observadas por todos os entes que prestam esse serviço, sejam eles públicos ou privados.

Nesse sentido, as normas da Educação nacional que versam sobre o currículo mínimo, a duração dos cursos, a qualificação dos professores, os institutos juspedagógicos, etc. devem ser observadas por todas as entidades que prestam o serviço educacional, uniformemente, sejam elas públicas ou privadas, até mesmo como condição para viabilizar a movimentação dos alunos nos diversos níveis de ensino, de uma localidade para outra dentro do território nacional (transferências) e o acesso, em igualdade de condições, aos postos de trabalho (qualificação para o trabalho).

A autorização e a avaliação de qualidade pelo poder público nada mais são do que mecanismos ou instrumentos que o Estado reservou para si para garantir que a iniciativa privada preste o serviço educacional observando as normas gerais da Educação nacional.

Nesse sentido, um estabelecimento privado de ensino somente será autorizado a funcionar se o Poder Público, através de seus órgãos competentes, julgar que tal estabelecimento possui as condições mínimas (pessoal qualificado e estrutura física razoável) para prestar o serviço educacional a contento. Do contrário, não autorizará o funcionamento.

Mas, a toda evidência, a ação do Estado não se limita e nem deve se limitar ao simples ato de autorização. Com efeito, uma vez autorizada a atividade, o Poder Público deve periodicamente verificar se o estabelecimento privado de ensino continua atendendo àquelas condições mínimas de funcionamento, ligadas a estrutura física e de pessoal⁸⁴.

Daí porque o dispositivo constitucional assegurar a avaliação de qualidade pelo Poder Público, já que lhe compete manter controle periódico sobre o serviço prestado, como condição de assegurar Educação de qualidade, assim entendida aquela que atende às diretrizes e bases fixadas pelo próprio Estado, a todos os cidadãos.

No aspecto, não se pode deixar de mencionar que o Estado, após a edição da Constituição, passou a implementar mecanismos para avaliar a qualidade do ensino

⁸³ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 188.

⁸⁴ Vide Lei 9.131 de 24 de novembro de 1995 e Decreto 2.026 de 10 de outubro de 1996

ministrado no país, não só o ensino ministrado pela iniciativa privada, mas também o ensino ministrado pelo próprio poder público.

Com efeito, em 24 de novembro de 1995, foi publicada a Lei 9.131, que estabeleceu o Exame Nacional de Cursos (o chamado provão) bem como a avaliação de condições de oferta dos cursos superiores, tudo com vistas a avaliar a qualidade do ensino ministrado e proporcionar ao Poder Público subsídios técnicos para manter ou cassar autorização de funcionamento de cursos superiores⁸⁵.

Tais medidas, aplaudidas por alguns e criticadas por outros, em verdade são necessárias para aferição da qualidade do ensino ministrado no país, e encontram amparo na Constituição, em especial o artigo 206, inciso VII, que diz que o ensino será ministrado com base no princípio da garantia do padrão de qualidade, e o artigo 209, inciso II, que declara ser o ensino livre à iniciativa privada, autorizada a avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Em verdade, quem aplaude esses mecanismos de avaliação pelo Poder Público são aqueles que sustentam que o ensino ministrado no país deve possuir padrões mínimos aceitáveis de excelência, o que passa pela qualificação e dedicação do corpo docente, bem como estrutura física com recursos de informática, laboratórios e bibliotecas. Em outras palavras, não basta ministrar qualquer ensino, mas sim ensino de qualidade.

Os que criticam tais mecanismos, alegam que os mesmos, em vários aspectos, não são confiáveis, por não possuírem critérios claros e objetivos, e também por se prestarem a fraudes e distorções. Mas, a principal crítica que se faz é que tais avaliações adentram na esfera da autonomia da universidade, o que seria inconstitucional.

Contudo, o fato é que o Poder Público, até mesmo por força da Constituição, deve possuir mecanismos para avaliar a qualidade do ensino que é ministrado no país. A bem da verdade, todo o sistema de avaliação pode conter falhas e distorções. Mas tais imperfeições devem ser gradativamente corrigidas através da avaliação do próprio sistema de avaliação, realidade que já vem sendo implementada pelo Ministério da Educação, até que se chegue a um ponto de aceitabilidade e confiabilidade do instrumento avaliativo.

⁸⁵ Ementa: "ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR – EXAME NACIONAL DE CURSOS (PROVÃO) – LEI 9.131/95 – PORTARIA MEC 249/96

I - Uma vez que o Exame Nacional de Cursos (Provão) objetiva elevar a qualidade de ensino oferecido pelas instituições públicas e privadas, mediante o desempenho dos alunos, excluir estudantes da relação de inscritos no exame, implica em ato contrário ao próprio objetivo da averbação.

II - Em se constituindo o dispositivo da sentença a que em uma obrigação de fazer (garantia da inscrição do impetrante no exame), satisfeita e consumada, não haveria sequer prover-se a remessa.

III - Preliminares rejeitadas. Negado provimento aos apelos e à remessa" (Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.085512-7/PA. Tribunal Regional da 1ª Região. Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias. D. J. de 21/08/2000 – Seção II – p. 40)

Não bastasse tudo isso, não se pode olvidar que quaisquer distorções ou imprecisões nos instrumentos e no próprio processo de avaliação do ensino podem ser corrigidos na esfera administrativa, mediante procedimento administrativo específico, ou na esfera judicial, já que no nosso sistema jurídico, nenhuma lei pode excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito⁸⁶.

Então, os eventuais defeitos ou imprecisões do processo de avaliação da qualidade do ensino não devem configurar motivos para banir tal processo do sistema jurídico educacional, ao contrário, devem ser superados pela crítica e pelo aperfeiçoamento, quer pelo controle administrativo, quer pelo controle judicial, até atingir o ponto ideal.

De outra sorte, a par do cumprimento das normas gerais da Educação nacional e da autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público, o artigo 7º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabeleceu outra condição para a livre iniciativa na prestação do ensino, qual seja, a capacidade de autofinanciamento dos estabelecimentos privados de ensino, ressalvado o artigo 213 da Constituição.

A observância de tal condição, à luz do princípio da livre iniciativa, não poderia ser diferente, já que se os estabelecimentos privados pretendem prestar serviços educacionais devem assumir o risco desse empreendimento. Em outras palavras, não só colher os benefícios, mas também os riscos que a manutenção da atividade oferece.

Daí porque o Poder Público exige a capacidade de autofinanciamento, uma vez que se assim não fosse, assumiria eventuais riscos pelo insucesso da atividade empreendida pela iniciativa privada. Veja-se, consoante o artigo 209, I, da Constituição, o ensino é autorizado à iniciativa privada. Ou seja, não há o que se falar de atividade delegada ou de concessão de serviços públicos, a ensejar a responsabilidade solidária ou subsidiária pelo risco do empreendimento.

Assim sendo, o estabelecimento privado de ensino, para ter o seu funcionamento autorizado, deve demonstrar e comprovar a capacidade de autofinanciamento, em segurança não só do Estado, mas também da sociedade e dos particulares que contratam o seu serviço.

O dispositivo em tela, ao mesmo tempo que prevê que os estabelecimentos privados de ensino devem possuir capacidade de autofinanciamento, ressalva a hipótese prevista no artigo 213 da Constituição. Tal dispositivo estabelece que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas,

⁸⁶ O inciso XXXV do art. 5º da Constituição estabelece o seguinte: “A Lei não exclua da aplicação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

definidas em lei como tais, e desde que atendam outras condições estabelecidas no próprio dispositivo constitucional.

A peculiaridade desse caso reside no fato de que tais entidades, a rigor, não possuem finalidade lucrativa, já que o eventual excedente financeiro experimentado por esses estabelecimentos é reaplicado nos seus objetivos institucionais, não havendo repartição de lucros. A par disso, tais entidades possuem previsão estatutária ou regimental prevendo que, em caso de extinção, seu patrimônio reverterá para entidades congêneres ou para o próprio Estado.

É em virtude dessas peculiaridades que a Carta Magna autorizou o Estado a repassar recursos públicos para as entidades acima apontadas, já que as mesmas não desenvolvem atividade lucrativa, e o eventual excedente financeiro reverte no próprio aperfeiçoamento da instituição, o que implica na melhoria da estrutura e na ampliação de atendimento à demanda social.

Ainda no que tange aos limites estabelecidos pelo Estado à atuação da iniciativa privada na área educacional, merece referência a Lei 9.870/99, que estabelece regras sobre a fixação do valor total anual das mensalidades escolares e dá outras providências.

Nina Beatriz Ranieri⁸⁷ explicita bem o assunto, aduzindo o seguinte: “Ainda que o inc. III, do art. 206, da própria Constituição, garanta o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, as mensalidades escolares são controladas pelo governo federal, tanto quanto os cursos, os alunos e as instituições.”

Com efeito, a mencionada Lei estabelece limites para a fixação do valor total, semestral ou anual, das mensalidades escolares, prevendo que as mesmas terão como base de cálculo a última parcela fixada no exercício anterior, acrescida da variação de custos com pessoal e custeio previstas para o exercício seguinte. Em outras palavras, o reajuste das mensalidades escolares deve estar justificado em planilha de custos que demonstre a real despesa com pessoal, custeio e investimentos para o exercício posterior. Do contrário, o valor fixado pode ser considerado abusivo, ensejando a atuação da Secretaria de Direito Econômico e do próprio Poder Judiciário.

A par disso, a Lei em tela estabelece o valor das mensalidades escolares será objeto de contratação entre o estabelecimento de ensino e o aluno, ou pais do aluno, sendo aplicável, no que couber, os preceitos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁸⁷ RANIERI, Nina Beatriz. A universidade e o Estado. Algumas considerações acerca do papel do Estado na atividade educacional de nível superior. *Revista dos Tribunais*. n. 24, jul./set., de 1998, p. 69.

Ainda, a Lei em tela estabelece a proibição de retenção de documentos escolares⁸⁸, bem como da guia de transferência de aluno para outra instituição de ensino por motivo de inadimplência. Tal medida, criticada pelos estabelecimentos privados de ensino, bem demonstra o controle do Poder Público sobre a atividade da iniciativa privada em matéria educacional⁸⁹.

Os estabelecimentos privados de ensino criticam tal medida porque, sob seu enfoque, consiste numa interferência indevida do poder público na atividade privada, retirando dessa a garantia do cumprimento contratual, uma vez que o aluno estaria autorizado a estudar ou a retirar a sua documentação escolar, independentemente do pagamento do serviço educacional contratado.

A respeito do assunto, Dom Lourenço de Almeida Prado⁹⁰ critica a intervenção do Estado nessa seara, aduzindo o seguinte:

“Realmente, nunca se justificaria criar para uma criança a situação constrangedora de ser barrada à porta da sala de aula porque seu pai não honrou seus compromissos. Duas observações ou três poderiam ser feitas: primeiro, que a recusa poderia ser feita por uma notificação ao pai ou responsável, advertindo-o sobre o problema; segundo, é que a possível violência que a criança pode sofrer à porta da escola, por dificuldades dessa ordem, sofre também diante do padeiro, do leiteiro e até do fabricante da boneca anunciada na TV; e, em terceiro lugar, a escola particular pode devolver ao governo, gerente do dinheiro público, por não cumprir a sua obrigação legal de dar escola e propiciar recursos aos pais para cumprir o seu dever de educar os filhos, a responsabilidade radical dessa violência. Se o poder público não dá a escola que deve pelo imposto recebido, não tem autoridade para exigir que o particular o faça, sem retribuição.”

O fato é que a Educação é um direito social (art. 6º da CF) que deve ser prestado com a colaboração da sociedade (art. 205 da CF), nela incluída os estabelecimentos privados de ensino. Assim sendo, o cumprimento contratual, mediante a cobrança das mensalidades devidas pela prestação do serviço educacional, deve ser buscado pelas vias adequadas, pela

⁸⁸ Vide artigo 6º da Lei 9.870 de 26 de novembro de 1999.

⁸⁹ Ementa: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MENSALIDADE INADIMPLÊNCIA. TRANSFERÊNCIA. LEI Nº 8.170/91 – FATO CONSOLIDADO

I-Configura-se abusiva a retenção de documentos a fim de obrigar aluno ao pagamento de mensalidades em atraso, dificultando, assim, a sua transferência.

II-A Universidade é assegurada a via judicial para a cobrança de eventual débito.

III-Situação fática consolidada devido ao decurso do tempo, afigurando-se temerária a sua descontinuação”(Remessa “ex officio” em Mandado de Segurança nº 93.01.35664-3/GO. Rel. Juiz Jirair Aram Meguerian. D.J. de 5/8/96 – Seção II – p. 54119)

⁹⁰ PRADO, Lourenço de Almeida. *Educação: ajudar a pensar, sim, conscientizar, não*. Rio de Janeiro: Agir, 1991, p. 104-105.

cobrança extra-judicial ou judicial, e não através do impedimento do ingresso do aluno em sala de aula ou através de retenção de documentos escolares.

Vale lembrar que a lei em tela (9.807/99) previu expressamente o direito dos estabelecimentos privados de ensino de não renovar matrícula (leia-se: de não estabelecer novo contrato de prestação de serviços educacionais) com aluno inadimplente. Portanto, a Lei em questão previu mecanismos hábeis para evitar a continuidade da prestação de serviços para aluno inadimplente.

Feitas essas considerações, cumpre ainda referir que a livre iniciativa na área educacional encontra amparo, também, no princípio da liberdade de aprender, ensinar e divulgar o conhecimento, bem como no princípio do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas.

Com efeito, em virtude da liberdade de aprender e ensinar, bem como de manifestar o pensamento, a sociedade tem o direito de ter uma opção no que diz respeito a Educação que deseja. Em outras palavras, o cidadão tem o direito de optar pelo ensino público ou privado, segundo as propostas que cada uma defende, de acordo com a convicção que possui.

Nessa linha, é a lição de Elias de Oliveira Motta⁹¹:

“(...) filosoficamente, podemos afirmar que a Educação e, mais especificamente, o direito de ensinar, é uma decorrência tanto do direito natural de desenvolvimento do ser humano – inerente, portanto, à própria dignidade da pessoa humana e parte mesmo do direito à vida – quanto do dever de educar dos pais, os quais tem o direito de escolher o gênero de Educação que desejam dar a seus filhos, como está expresso na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem. Agiram bem, portanto, nossos constituintes, quando, sabiamente, consagraram a liberdade de Educação do art. 209.”

Daí porque, também, tem cabimento e pertinência o princípio da coexistência entre instituições públicas e privadas de ensino, insculpido no artigo 206, inciso III, da Norma Ápice, já que a sociedade tem o direito de optar por uma ou por outra modalidade de ensino.

Por tudo isso é que a Constituição assegura à iniciativa privada a atuação na área educacional, desde que observadas as limitações estabelecidas na própria Carta Magna, como forma de garantir o atendimento da demanda social, desincumbindo-se o Estado do seu dever

⁹¹MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 190.

de prestar Educação aos seus cidadãos, dando a esses também a oportunidade de optar pelo ensino público ou privado, segundo as suas convicções.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES JURÍDICO-EDUCACIONAIS ENTRE O ALUNO E O ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR: ASPECTOS CASUÍSTICOS

3.1 Considerações Iniciais

No primeiro capítulo desta dissertação, abordou-se o Princípio da Proporcionalidade, em especial os seus fundamentos teóricos e os seus subprincípios estruturantes (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), demonstrando que o princípio em tela pode servir como um bom método de interpretação e aplicação do direito, principalmente quando manejado à luz dos princípios constitucionais que informam e fundamentam o sistema jurídico pátrio.

No segundo capítulo, tratou-se, em linhas gerais, dos aspectos jurídicos da Educação nacional, destacando a emergência do direito educacional como um novo ramo do Direito, os princípios jurídico-educacionais, a autonomia universitária e a livre iniciativa na Educação, tudo com vistas a despertar o interesse pelo tema e demonstrar que, na área educacional, dada a peculiaridade do seu objeto, ressurgem áreas de conflito que desafiam o intérprete e o aplicador do direito a buscar mecanismos que solucionem adequadamente tais problemas.

O presente capítulo é dedicado ao levantamento de casos que ocorrem freqüentemente no meio educacional (casuística), envolvendo o aluno e o estabelecimento de ensino superior, com o fito de demonstrar a possibilidade da aplicação do Princípio da Proporcionalidade como um meio viável de interpretação e aplicação do direito educacional.

Assim, nos tópicos que seguem, serão abordados fatos corriqueiros da casuística jurídico-educacional, que desafiam a interpretação e a aplicação do direito educacional, quais sejam: a alteração curricular, o jubramento, a impossibilidade de freqüência às aulas por motivos religiosos e o ensino aos alunos portadores de necessidades especiais.

Registre-se, por fim, que alguns julgados desses casos serão utilizados para a discussão deste capítulo.

3.2 A Questão da Alteração Curricular

De acordo com o artigo 52 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9394/96) as universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e do domínio e cultivo do saber humano.

As universidades, em geral, são constituídas por faculdades ou institutos, os quais se ligam a um órgão central, denominado Reitoria. A par disso, as universidades caracterizam-se por possuir um conselho consultivo e deliberativo, conhecido por Conselho Universitário, integrado de professores, alunos e membros da comunidade local, que estabelece as regras e diretrizes gerais, acadêmicas e administrativas, para a condução de suas atividades.

Outras características marcantes da universidade estão definidas no artigo 207 da Constituição. De fato, de acordo com este dispositivo, as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, devendo observar o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A autonomia, consoante já abordado, prende-se à idéia de autonormação. Nesse sentido, por ser dotada de autonomia, a universidade possui o direito de disciplinar a sua atividade a partir das suas próprias normas internas. Contudo, tais normas internas, como se sabe, não podem extrapolar os limites estabelecidos na Constituição e na legislação infraconstitucional atinente à Educação nacional.

A indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, por seu turno, marca a universidade de forma especial, distinguindo-a de outras instituições de ensino superior, v.g., faculdades isoladas e centros de ensino superior, onde não são exigidos o desenvolvimento da pesquisa e da extensão.

O ensino, que é a transmissão de conhecimentos, a pesquisa, que é a busca de novos conhecimentos, e a extensão, que é a aplicação e obtenção de novos conhecimentos, são indissociáveis na vida universitária, e constituem decorrência lógica dos objetivos da Educação nacional, insculpidos no artigo 205 da Constituição, quais sejam, o pleno desenvolvimento do homem, o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Pois bem, as universidades, no uso de suas atribuições e visando dar cumprimento às normas gerais da Educação nacional, estruturam os seus cursos superiores, dotando-os de

recursos materiais e humanos. A par disso, fixam currículos e programas, observando o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

De fato, de acordo com a previsão contida no artigo 53, incisos I, II e III, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), são asseguradas às universidades, no exercício de sua autonomia, as atribuições de criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de Educação superior, nos termos da lei; fixar os currículos dos seus programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes e estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão.

No que tange especificamente aos programas e currículos, verifica-se que as universidades possuem autonomia para criá-los, modificá-los e extingui-los, desde que sejam observadas as normas gerais da Educação nacional.

E tal realidade, à luz da Constituição, não poderia ser diferente. Com efeito, a possibilidade de criar, modificar e extinguir currículos de cursos superiores decorre, basicamente, do princípio da liberdade de aprender, ensinar e divulgar o conhecimento; do princípio do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas e do princípio da garantia do padrão de qualidade do ensino.

Efetivamente, não se pode deixar de considerar que a Educação pode ser concebida como um processo, onde o conhecimento é produzido de forma gradual, resultado das trocas recíprocas entre professor e aluno, agregada das múltiplas experiências que o mundo da vida oferece.

O conhecimento humano é dinâmico, evolui, e com ele vão surgindo novas concepções e novos métodos de ensino, os quais acabam por determinar a revisão do modelo de ensino anteriormente praticado, gerando uma necessidade de adaptações.

Paralelamente a isso, a evolução do saber, responsável pela produção de novas tecnologias, exige a formação de profissionais cada vez mais capacitados para o mercado de trabalho, impondo, na mesma proporção, a exigência de docentes mais qualificados e currículos mais atualizados.

Toda essa realidade, marcada pela mudança de idéias e concepções pedagógicas, bem como pela busca da melhoria do padrão de qualidade, acaba por desafiar as universidades a rever os currículos dos seus cursos superiores, de forma periódica, com o fito de atualizá-los e adequá-los a nova realidade social, preparando os seus alunos para a vida e para o mercado de trabalho, cada vez mais exigentes.

Mas, a questão da atualização ou modificação curricular, no plano concreto, nem sempre se dá de forma tranqüila e isenta de problemas, haja vista que implica alteração do *status quo*, atingindo relações jurídicas em desenvolvimento.

Com efeito, as universidades, no exercício de sua autonomia, promovem modificações nos currículos de seus cursos, extinguindo disciplinas, incluindo outras, aumentando ou reduzindo carga horária de determinadas disciplinas. Tal realidade, não raro, acaba por afetar os alunos que estão com o seu curso em andamento.

Efetivamente, basta imaginar a hipótese de uma determinada universidade que modificou o currículo do Curso de Direito, incluindo novas disciplinas e aumentando a carga horária de outras, passando de cinco para seis anos a duração do referido Curso. Ora, na hipótese, o aluno que estivesse no quarto ano do curso, em vez de cursar um teria de cumprir dois anos, ou mais (em virtude de eventuais adaptações curriculares), para se graduar.

Ora, em que pese a alteração curricular estar contemplada na autonomia universitária e nos demais princípios educacionais acima mencionados, no caso hipotético ora proposto, à luz do Princípio da Proporcionalidade, tal alteração curricular não pode prejudicar o aluno naquelas condições.

De fato, de acordo com o Princípio da Proporcionalidade, o ato da universidade que modifica o currículo de curso superior deve ser adequado, necessário e proporcional em relação aos alunos que são atingidos com tal modificação curricular.

Atentando-se ao que foi tratado no capítulo primeiro desta dissertação, *adequado* significa dizer que o ato deve ser apto para obtenção do resultado pretendido. *Necessário* é quando o ato se apresenta como o menos gravoso para hipótese, não podendo ser substituído por outro mais eficaz, porém mais penoso. *Proporcional em sentido estrito* é o ato que, após passar pelo crivo da ponderação entre o ônus imposto e o benefício obtido, apresenta-se como o mais consentâneo para a solução jurídica do caso concreto.

No caso em tela, a exigência da universidade no sentido de que o aluno curse mais um ano, além dos cinco inicialmente previstos para concluir o curso, afigura-se como medida adequada para atingir o fim pretendido, qual seja, o de dilatar o prazo do curso para que o aluno tenha condições de apreender o aumento de conhecimentos oferecidos com a reforma do currículo.

Por seu turno, a medida em tela também é necessária para atingir esse objetivo, já que não há outra maneira, a princípio, menos prejudicial aos estudantes para alcançar o fim pretendido. Aqui pode-se detectar dúvida, pois um sistema de transição que compactasse o

acréscimo disciplinar talvez fosse possível, permitindo aos alunos dos semestres finais a complementação dos estudos no prazo originalmente previsto.

É preciso, por isso, passar ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, verificando se os alunos, em final de curso, possuem o direito de concluí-lo no prazo inicialmente fixado.

Trata-se de ponderar, de um lado, o princípio da qualidade do ensino e o princípio da segurança jurídica (princípio da não surpresa), de outro. De fato, constitui interesse do estabelecimento do ensino superior o de promover a atualização de seus currículos, como forma de atender ao princípio da qualidade de ensino. Da mesma forma, é interesse dos alunos concluintes manter a segurança jurídica da relação educacional, ou seja, não serem surpreendidos com medidas que imponham sacrifícios excessivos, v.g., oneração dos custos e postergação do acesso ao mercado de trabalho.

Diante desse panorama, sopesando os aspectos jurídicos envolvidos, de um lado a qualidade do ensino e de outro a justa expectativa de direito dos estudantes em concluir o curso do qual teriam cumprido a maior parte, bem como o direito de acesso ao mercado de trabalho, é possível concluir que o ato do estabelecimento do ensino superior que modifica o currículo, impondo aos alunos formandos a realização de mais um ano de atividades escolares, é medida que ofende a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

De fato, não se está aqui defendendo que a universidade não possa promover modificações nos currículos dos cursos que mantém. Ao contrário, tais modificações, como acima referido, são adequadas e necessárias para acompanhar a evolução do saber e para garantir o padrão de qualidade dos cursos, diante das novas demandas sociais.

Todavia, tais modificações devem levar em consideração situações especiais, como a dos alunos formandos, contemplando para esses programas alternativos ou medidas transição que permitam não só agregar, desde já, novos métodos e conhecimentos, mas que também permitam a conclusão do curso superior dentro do prazo inicialmente previsto.

A adoção de tais medidas não só encontram amparo, mas também têm como parâmetro o Princípio da Proporcionalidade o qual, através dos seus subprincípios, permite que o estabelecimento privado de ensino, ao promover a alteração curricular, adote medidas adequadas, necessárias e proporcionais para atingir o fim colimado, atendendo adequadamente não só os casos gerais mas também os especiais (como o do aluno formando).

Os Tribunais, consoante a melhor jurisprudência, vêm decidindo pela legalidade das alterações curriculares promovidas pelas universidades nos currículos dos seus cursos, reconhecendo que os alunos não possuem direito adquirido ao currículo de ingresso.

De fato, acerca do tema, vale a pena verificar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos da Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança nº 90.01.13198-0/MG. Trata-se de decisão que reconheceu a autonomia didática das universidades para alterar os currículos de seus cursos, referindo que os estudantes não possuem direito adquirido ao currículo vigente quando do ingresso no curso⁹².

Outra decisão interessante é o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos do mandado de segurança nº 30.518/CE. Dita decisão reconhece que a universidade, no exercício de sua autonomia, tem o direito de alterar o currículo de seus cursos visando o aprimoramento e a qualidade do ensino, todavia, respeitando o direito dos estudantes, principalmente os formandos, de concluir o curso dentro do prazo inicialmente previsto⁹³.

Tais decisões judiciais, como se pode perceber, ao mesmo tempo em que reconhecem o direito da universidade de promover a alteração curricular, em virtude dos princípios da autonomia universitária e da garantia do padrão de qualidade, condicionam o exercício de tal direito à observância do Princípio da Proporcionalidade (ainda que expressamente não façam referência a tal princípio) na medida em que propugnam pelo equilíbrio e pela proporção da medida, preservando-se o direito dos alunos formandos de concluir o curso dentro do prazo previsto.

Por isso é que as universidades, ao promoverem alterações no currículo de seus cursos, devem pautar a suas ações sob égide do Princípio da Proporcionalidade, contemplando medidas alternativas, *v.g.*, turmas especiais ou trabalhos por acompanhamento, que viabilizem aos alunos formandos a conclusão do curso dentro do prazo inicialmente previsto.

⁹² “ENSINO SUPERIOR – UNIVERSIDADE DE UBERABA – ALTERAÇÃO CURRICULAR – DIREITO ADQUIRIDO A DETERMINADO CURRÍCULO INEXISTENTE – SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA.

1-O aluno não tem direito a um determinado currículo, mas, apenas, ao currículo ofertado pela Universidade, que, no uso da autonomia didática que lhe é peculiar, pode legitimamente, estabelecer ou modificar programação curricular de acordo com o aproveitamento discente ou o interesse escolar.

2-Embora inexistir direito adquirido do aluno a determinado currículo, situação fática consolidada pelo decurso do tempo, sem ofensa à ordem jurídica, nem grave lesão à autonomia universitária, autoriza a consolidação da matrícula feita sem observância da alteração curricular efetuada pela Universidade.

3-Situação fática consolidada pelo decurso do tempo mantida – precedentes da Turma.

4-Remessa oficial denegada.

5-Sentença confirmada.” (Remessa “*ex officio*” em Mandado de Segurança nº 90.01.13198-0/MG, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Rel. Juiz Amílcar Machado, D.J. 02/05/95 – Seção II – p. 25395)

⁹³ “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ALTERAÇÃO DE CURRÍCULO. DIREITO DOS FORMANDOS À CONCLUSÃO DO CURSO NO PRAZO PREVISTO NO CURRÍCULO ANTERIOR.

A autonomia da Universidade confere-lhe o direito de alterar o currículo dos cursos que oferece, tendo em visto o aprimoramento da qualidade do ensino. Também o estabelecimento de disciplinas pré-requisitos está no seu âmbito de poder. Tais faculdades devem ser exercidas, entretanto, respeitando-se o direito de os estudantes universitários, mormente quando estão no último semestre, concluírem o curso no prazo inicialmente previsto pela Universidade. Apelação e remessa improvidas.” (Apelação em mandado de segurança nº 30.518/CE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Rel. Juiz Nereu Santos, D.J. de 28/04/95 – Seção II – p. 25309)

Da mesma forma, o Poder Judiciário, quando chamado a resolver um litígio que tenha por origem a questão da alteração curricular, deverá pautar a sua interpretação e o seu posicionamento nos princípios educacionais contidos na Constituição, valendo-se do Princípio da Proporcionalidade para ressalvar casos especiais, como o acima apontado, preservando-se os interesses do aluno e do estabelecimento de ensino.

Assim agindo, preservar-se-ão não só os direitos do aluno e os da escola, mas também a unidade e a coerência do sistema jurídico educacional, o qual não restará abalado ou afetado, uma vez que, observados e preservados os princípios que o informam, não se poderá alegar ilegalidade ou inconstitucionalidade da medida adotada, seja essa administrativa ou judicial.

Veja-se, não se desconhece que a questão da alteração curricular põe em debate outros princípios jurídicos, *exempli gratia*, o da segurança jurídica, o da qualidade de ensino e o de acesso ao mercado de trabalho. A análise do problema sob a égide da máxima da Proporcionalidade não exclui tais princípios, ao contrário, considera-os e harmoniza-os em face do caso concreto, com o fito de alcançar uma solução adequada, necessária e proporcional, com o mínimo prejuízo aos interesses do aluno e do estabelecimento de ensino superior.

3.3 A Questão do Jubilamento

Outra situação que freqüentemente ocorre no meio educacional, gerando conflitos de interesses entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior, é o caso do jubilamento.

Em linhas gerais, o jubilamento consiste no ato da universidade que cancela⁹⁴ a matrícula de aluno que: a) não conseguiu concluir o curso de graduação dentro do prazo máximo para a integralização curricular previsto no regimento, b) manteve a matrícula trancada⁹⁵ por prazo superior ao previsto no regimento ou, c) extrapolou o limite máximo de reprovações em determinada disciplina permitido pelo regimento.

A figura do jubilamento é prevista no artigo 6º do Decreto-Lei nº 464 de 11 de fevereiro de 1969, com a redação dada pela Lei 5.789 de 27 de junho de 1972, que prevê a

⁹⁴ Cancelamento: o cancelamento da matrícula resulta na cessação total do vínculo do aluno com o estabelecimento de ensino.

⁹⁵ Trancamento: o trancamento da matrícula é a cessação temporária das atividades escolares em uma ou mais disciplinas ou no próprio período letivo.

recusa da matrícula do aluno que não concluir o curso dentro do prazo máximo de integralização curricular previsto no regimento do educandário.

A par da previsão legal, as universidades, no exercício de sua autonomia didático-pedagógica, prevista no artigo 207 da Constituição e regulamentada no artigo 53, inciso V, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), regulamentam o jubramento nos seus estatutos e regimentos internos, disciplinando não só a questão dos prazos máximos de integralização curricular, nos termos do Decreto-Lei acima citado, como também prevendo outras hipóteses de jubramento, como o da extrapolção do prazo de trancamento de matrícula e o das repetidas reprovações em determinada disciplina.

A figura do jubramento, desde a sua origem, foi alvo de inúmeras discussões no meio educacional, havendo os que defendem e os que colocam em dúvida a sua pertinência e sua eficácia como instrumento voltado à qualidade do ensino superior.

Com efeito, os que defendem o jubramento, partem do pressuposto de que a demora na integralização do currículo do curso universitário gera para o aluno uma defasagem no seu conhecimento, já que estando há vários anos cumprindo o mesmo currículo, já não se lembrará mais das disciplinas inicialmente cursadas, que constituem a base geral do curso, gerando um desequilíbrio, ou melhor dizendo, uma quebra de seqüência entre as disciplinas básicas e as disciplinas específicas.

O mesmo ocorreria se o aluno que trancou a sua matrícula ficasse um largo espaço de tempo afastado do seu curso, já que, ao retornar, estaria desatualizado e, provavelmente, apresentaria imensas dificuldades de dar continuidade aos seus estudos, até mesmo porque não se lembraria mais do conteúdo das disciplinas iniciais que cursou, perdendo toda aquela base necessária para a harmonia do currículo.

E tal realidade não seria diferente na hipótese do aluno reprovar repetidas vezes na mesma disciplina, principalmente se esta é um pré-requisito, na medida em que as aludidas reprovações teriam o condão de dilargar a permanência do aluno no curso, gerando aquele mesmo descompasso entre as disciplinas básicas e as específicas, quebrando igualmente a seqüência curricular.

Daí porque o jubramento constituiria uma medida necessária para garantir a qualidade do ensino ministrado, garantindo a seqüência e a harmonia curricular, já que, jubrando-se o aluno, o mesmo teria que novamente ingressar no curso superior, mediante aprovação em concurso vestibular, para dar seqüência aos seus estudos, agora sob a égide de novos prazos de integralização do curso e de um currículo teoricamente mais atualizado.

Aqueles que criticam o jubilamento sustentam que tal figura, em verdade, em nada contribui para a melhoria do ensino, ao contrário, constitui uma consequência da má qualidade do ensino ministrado pelas universidades. Com efeito, a demora na integralização curricular e as sucessivas repetências em determinadas disciplinas nada mais representariam do que o resultado de ensino mal ministrado, que não atendeu as suas finalidades precípua. Deste modo, a solução para o problema seria a adoção de uma nova estratégia de ensino, com programas especiais de recuperação ou reforço, e não a punição do aluno, com o cancelamento de sua matrícula.

Nessa linha, Valdyr Perrini⁹⁶ assevera:

“Se por um lado temos estudantes universitários negligentes e desídiolos, por outro temos instituições de ensino que desmotivam e desincentivam o educando, ensejando reprovações exarcebadas com fruto do marasmo da conjuntura vigente, frustrando em muito as expectativas que o acadêmico tem quando do ingresso no Curso Superior. As razões desta realidade, na sua maioria conjunturais e inimputáveis aos muitas vezes heróicos administradores do ensino não vem aqui ao caso. Deve-se apenas enfatizar que não se pode atribuir ao estudante o papel de verdadeiro bode expiatório das mazelas do Ensino Brasileiro, enfocando-se o instituto do jubilamento como remédio para todos os males que afligem a Educação Nacional.”

De outra sorte, o jubilamento não resolveria a questão da defasagem do conhecimento, resultante da quebra da progressão normal do currículo, na medida em que o aluno, uma vez jubilado, poderia ingressar novamente no curso em que se jubilou, mediante aprovação em concurso vestibular, solicitando o aproveitamento das disciplinas anteriormente cursadas.

E para arrematar, o jubilamento poderia ter a sua finalidade distorcida pelo estabelecimento de ensino, sendo usado não para primar pela qualidade do ensino, mas para punir alunos indesejáveis. Com efeito, há quem sustente que a figura do jubilamento, surgida no cenário jurídico educacional em pleno regime militar, foi largamente utilizada nas universidades públicas para excluir dos bancos escolares líderes estudantis que, em razão do ativismo na política estudantil, acabavam por reprovar em disciplinas por diversas vezes.

Tal situação também não seria diferente nos estabelecimentos privados de ensino superior, já que o instituto em tela também poderia ser manejado para punir líderes estudantis, que questionam os problemas da instituição, ou até mesmo como instrumento hábil para excluir os chamados “alunos problemas”.

⁹⁶ PERRINI, Valdyr. Jubilação do aluno na universidade particular. *Revista de Estudos Jurídicos PUC/PR*. Vol III, Curitiba, N. 1 Ago., 1996, p. 108.

Valdyr Perrini⁹⁷ destaca bem essa questão:

“Nem sempre, entretanto, no decorrer da História da Educação Brasileira, o instituto foi utilizado dentro dos seus estreitos limites. São inúmeros os exemplos, no curso da Ditadura Militar que nos afligiu, de estudantes alijados do processo educacional sob o manto do jubilamento, por absoluta intolerância ideológica. A figura foi e ainda é usada vez ou outra, como mero pretexto para que a Universidade desligue aqueles líderes estudantis mais combativos, que questionam as mazelas da instituição. Numa autêntica negativa da tarefa primordial da Universidade, que é a de educar no sentido amplo, despertando o senso crítico do cidadão para que atue proficuamente na comunidade como elemento transformador da sociedade, alguns administradores escolares desviam a teleologia do instituto, utilizando-o como instrumento de vindictas políticas e até pessoais.”

Diante desse panorama, verifica-se que os argumentos pró e contra o instituto do jubilamento são verdadeiramente ponderáveis, sendo que a polêmica em torno do assunto está longe de ser superada. Todavia, o intérprete e o aplicador do direito, diante do caso concreto, deverão estar atentos aos princípios jurídico educacionais que informam o instituto, zelando para que o mesmo não seja utilizado de forma abusiva ou em desvio de finalidade.

Isso colocado, o fato é que o jubilamento não pode ser aplicado de forma mecânica⁹⁸ pelo estabelecimento privado de ensino toda vez que constatada a extrapolação de prazos de integração curricular ou superado o limite de reprovações estabelecido no regimento interno⁹⁹.

Com efeito, antes de aplicar tal instituto, cumpre ao estabelecimento verificar as condições pessoais do aluno, v.g., as suas dificuldades de aprendizado, o seu relacionamento

⁹⁷ PERRINI, Valdyr, op. Cit., p. 106

⁹⁸ O inciso LIV do art. 5º da Constituição assim estabelece: “LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

⁹⁹ Nessa linha são as seguintes decisões: **Ementa:** “CONSTITUCIONAL. JUBILAMENTO DE UNIVERSITÁRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. Independentemente de dispositivos regimentais, o jubilamento é uma forma de pena administrativa e não pode ser aplicado sem a observância do devido processo legal. Apelação Improvida (Apelação em Mandado de Segurança nº 53.084/CE. – 96.05.02328-8 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Rel. Juiz Luiz Jacome de Oliveira. D.J. de 12/7/96 – Seção II – p. 47989).

Ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. JUBILAMENTO. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. I-O ato de jubilamento do estudante universitário deve ser precedido do devido processo legal no qual seja assegurado amplo direito de defesa. II-Remessa oficial improvida.” (Remessa “ex officio” 60.349 – 97.05.21496-4 – Tribunal Regional da 5ª Região. Rel. Juiz Carlos Guedes de Souza. D.J. de 3/10/97 – Seção II – p. 81895)

Em sentido contrário: Ementa: “ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR. JUBILAMENTO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. OBEDIÊNCIA ÀS NORMAS INTERNAS DA UNIVERSIDADE. O desligamento de estudante que não concluiu o curso no prazo determinado se dá de forma automática, em decorrência às normas internas da Universidade. Desnecessária a instauração de inquérito administrativo, uma vez que não se prevê a possibilidade de se relevar a situação configurada. A estipulação de prazo para conclusão de curso é atividade administrativa inerente à autonomia da universidade, não consistindo, a exigência do cumprimento de tal prazo, uma penalidade. Apelo não provido. Sentença mantida.” (Apelação em Mandado de Segurança nº 53.542/PB – 96.05.05641-0 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Rel. Juiz Mitchel Mendonça Meira. D.J. de 12/7/96 – Seção II – p. 47989)

com os colegas e os professores, a sua situação familiar¹⁰⁰. Com efeito, todas essas variáveis devem ser consideradas antes de se tomar qualquer atitude, na medida em que poderão configurar situações especiais que desafiam outros procedimentos, que não o jubramento, com o cancelamento puro e simples da matrícula do aluno.

Aqui, o Princípio da Proporcionalidade se faz presente, na medida em que, a partir dos seus subprincípios estruturantes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) o intérprete e o aplicador do direito podem avaliar a situação com mais acuidade, verificando se o jubramento do aluno, à luz do caso concreto, constitui medida adequada, necessária e proporcional para atingir os fins colimados.

Com efeito, a demora na integralização curricular ou as sucessivas reprovações do aluno podem estar ocorrendo em virtude de dificuldades no aprendizado, geradas por diversos fatores, p. ex., problemas de saúde, problemas psicológicos, problemas de relacionamento com colegas e professores.

Não raro, detectam-se no meio escolar alunos que, por dificuldade de visão, de audição, de coordenação motora, etc., apresentam dificuldades de aprendizado, fator que, por não ter sido de pronto constatado, acabou por gerar sucessivas reprovações em determinadas disciplinas. Ora, no caso em tela, a aplicação mecânica do instituto do jubramento configuraria, sem maiores elocubrações, medida afrontosa ao Princípio da Proporcionalidade.

De fato, de acordo com o referido princípio, exige-se que o estabelecimento de ensino, à luz do caso concreto, adote uma medida que além de útil (adequação) seja a menos gravosa para o aluno (necessidade) para atingir o objetivo desejado (proporcionalidade).

Na hipótese, constata-se claramente que o jubramento, além de inadequado, é desnecessário, já que o aluno deveria, em verdade, além de obter tratamento médico específico, receber um acompanhamento didático-pedagógico compatível com sua condição pessoal, mediante adoção de programas especiais de recuperação ou de reforço.

A par disso, a medida seria desproporcional, já que além de não resolver o problema, geraria outro pior, qual seja, a de obrigar o aluno a prestar novo vestibular para dar continuidade aos seus estudos.

O mesmo raciocínio se aplica quando as reiteradas reprovações em dada disciplina se dão em virtude de problemas de relacionamento entre o aluno e os seus colegas ou entre o aluno e os seus professores. Na hipótese, verifica-se que a medida adequada, menos gravosa e

¹⁰⁰ O inciso XLVI do art. 5º da Constituição, que estabelece o princípio da individualização da pena, aplica-se em todas as esferas, inclusive nas relações jurídico-educacionais, devendo ser observado, juntamente com o princípio do devido processo legal, no que tange a aplicação do jubramento.

proporcional é submeter os envolvidos (aluno, colegas e professores) a um acompanhamento didático-pedagógico, através do qual se propugne pela superação das diferenças. Em casos extremos, a troca de sala de aula, a adoção de programas especiais de ensino e até mesmo a substituição de professor afiguram-se como medidas mais eficazes e menos traumáticas do que o jubramento do aluno.

Com efeito, se é verdade que as universidades, no exercício de sua autonomia constitucional, podem elaborar os seus próprios estatutos e regimentos¹⁰¹, regulamentando o instituto do jubramento, é verdade também que, no exercício dessa mesma autonomia, podem criar, organizar e extinguir cursos e programas de Educação superior, fixando currículos e seus programas¹⁰².

Nesse sentido, à luz dos casos especiais acima apontados, e de outros tantos que podem ocorrer no meio educacional, cumpre ao estabelecimento de ensino em vez de se “livrar” do problema, aplicando automaticamente o jubramento, buscar soluções que efetivamente resolvam o problema, adotando, no exercício legítimo de sua autonomia universitária, programas e metodologias de ensino que superem o problema das reprovações e da longa permanência do aluno no curso superior.

Da mesma forma o intérprete e o aplicador do direito, quando chamados a solucionar uma questão desse jaez, deverão de pronto considerar ilegal ou inconstitucional o jubramento do aluno que não foi antecedido de outras medidas adotadas pelo estabelecimento de ensino para tentar contornar o problema, que vão desde a investigação das causas das reiteradas reprovações até a efetiva oferta de programas especiais de recuperação, conforme acima exposto.

Sem dúvida nenhuma, tais medidas estarão albergadas no Princípio da Proporcionalidade, dando o máximo cumprimento aos princípios constitucionais que informam a Educação nacional, que propugnam que a Educação seja levada a cabo visando o pleno desenvolvimento do homem, a sua preparação para o exercício da cidadania e sua formação para o mundo do trabalho.

¹⁰¹ vide artigo 53, inciso V, da Lei 9.394/96 (LDB).

¹⁰² vide artigo 53, incisos I e II, da Lei 9.394/96 (LDB).

3.4 A Questão da Impossibilidade de Frequência às Aulas por Motivo de Crença Religiosa

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, como o próprio nome infere, estabelece as normas gerais da Educação nacional, que constituem a base e as diretrizes a serem observadas pelos diversos níveis de ensino (fundamental, médio e superior) e pelos diversos sistemas de ensino (municipal, estadual e federal), constituindo-se também como um balizador a ser observado pelas universidades no exercício de sua autonomia constitucional.

Nesse sentido, as universidades, ao elaborarem os seus estatutos e regimentos, podem regular matérias de ordem administrativa, acadêmica e pedagógica, uma vez que investidas de autonomia para tanto¹⁰³, desde que tais regulamentos não contrariem os princípios jurídicos insculpidos na Constituição e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Vale lembrar, no particular, que os estabelecimentos privados de ensino superior, por força do artigo 209, inciso I, da Constituição, obrigam-se a cumprir as normas gerais da Educação nacional, sob pena de, do contrário, perderem a autorização de funcionamento.

Pois bem, uma dessas normas gerais da Educação nacional, estabelecida no artigo 47, parágrafo 3º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelece que a frequência às aulas, de alunos e de professores, é obrigatória, salvo nos programas de Educação à distância.

Como se pode perceber, a norma em questão, na primeira parte, estabelece uma obrigação que se dirige a todos, alunos e professores, sem distinções, que é a de frequência às aulas. Na segunda parte, a norma ressalva os programas de Educação à distância que, por sua própria natureza, não exigem a presença do educador e do educando em sala de aula.

Sucedem, todavia, que no meio educacional, com certa frequência, ocorrem casos de alunos que, por motivo de crença religiosa, alegam estar impossibilitados de frequentar aulas em determinados períodos, já que, de acordo com os preceitos de sua religião, o exercício de qualquer atividade naqueles períodos constitui uma falta, ou, por assim dizer, um pecado.

É o caso, mais especificamente, dos alunos que pertencem a Igreja Adventista do Sétimo Dia, cuja doutrina religiosa não permite que seus integrantes exerçam qualquer atividade das 18 horas de sexta-feira até as 18 horas do dia seguinte¹⁰⁴.

¹⁰³ O artigo 207 da Constituição dispõe o seguinte: "As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

¹⁰⁴ Vide Parecer nº 15/99 da Câmara de Educação Básica – CEB - do Conselho Nacional de Educação, da lavra do Conselheiro Carlos Roberto Jamil Cury, exarado nos autos do processo nº 23.123.0033688/99-98, homologado pelo Ministério da Educação – MEC – em 25 de novembro de 1999, tendo por consultante a Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais.

Tal situação, a toda evidência, acaba por repercutir diretamente nas atividades escolares, mais diretamente na questão da frequência às aulas, já que os estabelecimentos de ensino superior, na sua generalidade, mantêm cursos funcionando de segunda a sexta feira, nos três turnos, bem como pelo sábado de manhã.

A situação em tela agrava-se mais ainda para aqueles estabelecimentos de ensino superior que mantêm os chamados “cursos de férias”, realizados de forma intensiva, em finais de semana, bem como outros cursos especiais, também intensivos, realizados nas mesmas condições.

Diante desse panorama, a indagação que se faz é a seguinte: considerando que a Lei de Diretrizes e Bases determina a obrigatoriedade da frequência às aulas de alunos e professores; considerando que os estabelecimentos de ensino superior obrigam-se a cumprir as normas gerais da Educação nacional, como resolver a situação do aluno que está impossibilitado de frequentar determinados períodos de aulas, por motivo de crença religiosa?

A questão, sem dúvida, é polêmica e instigante. Nada obstante, tem-se que a solução do problema pode ser buscada nos princípios constitucionais, à luz do Princípio da Proporcionalidade, de tal modo que o direito à Educação não seja afetado pelo direito de liberdade de crença religiosa e vice-versa.

Com efeito, o inciso VI do artigo 5º da Constituição dispõe que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgia. Por seu turno, o inciso VIII desse mesmo dispositivo constitucional estabelece que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Os dispositivos em tela asseguram a liberdade de consciência e de crença, prevendo que ninguém será privado de direitos por motivo de convicções religiosas.

À vista desses preceitos constitucionais, a princípio, o aluno que professa determinada religião, que não o permite frequentar aulas em determinados períodos ou turnos de atividades regulares da escola, não poderia ser prejudicado no seu direito à Educação, já que, nos termos da Norma Ápice *ninguém será privado de direito por motivo de crença religiosa*.

Manifestando entendimento contrário, Pedro Sancho da Silva¹⁰⁵ assevera o seguinte:

¹⁰⁵ SILVA, Pedro Sancho, op. cit., p. 31.

“Não pode o aluno invocar em seu favor peculiaridades de crença ou credos religiosos. Muitos se enganam nisto, a despeito da falsa invocação do princípio da igualdade perante a lei, ‘sem distinção de qualquer natureza’, ‘inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos’ (art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal). O engano é evidente: se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não se pode dar tratamento privilegiado segundo a distinção ou diferença dos religiosos naquilo em que a lei, pelas suas características de generalidade ou impessoalidade, se impõe a todos unívoca e uniformemente.”

Ocorre que não se trata de invocar a crença religiosa para se eximir de obrigação legal a todos imposta, *in caso*, a de freqüência às aulas. O problema é outro: trata-se de buscar estratégias ou programas de ensino que permitam ao aluno freqüentar aulas, ou realizar tarefas substitutivas, em outros turnos ou períodos que não aqueles em que está impossibilitado de comparecer por motivo de crença religiosa.

Com efeito, a questão da impossibilidade de freqüência às aulas por motivos religiosos, historicamente, foi mal abordada no meio educacional, já que sempre foi analisada sob a égide do instituto do “abono de faltas”, quando, na verdade, deveria ser analisada como uma situação especial que desafia programas e métodos de ensino igualmente especiais.

Efetivamente, o abono de faltas tem cabimento em situações restritas e especialíssimas, como o caso do aluno ligado às forças armadas convocado para manobras militares. Na hipótese, mesmo estando afastado das aulas, o estabelecimento de ensino, por força de Lei, considera o aluno fictamente presente, ou seja, computa o período do afastamento para a soma do limite mínimo de freqüência.

Sucedee, todavia, que esta não é a questão em tela, já que o aluno não pretende invocar a sua convicção religiosa para se eximir pura e simplesmente do dever de freqüentar as aulas, mas sim para não freqüentar as aulas em determinados períodos em que sua religião não permite.

E não se diga que essa pretensão não encontra amparo nos princípios que informam a Educação nacional, muito menos que os estabelecimentos de ensino superior não possuem amparo em tais princípios para propor e para implementar programas especiais para atender alunos nessas condições.

Com efeito, o artigo 205 da Constituição prevê que a Educação é direito de todos, portanto, independentemente da convicção religiosa que cada um possui, devendo ser prestada

pelo Estado com a colaboração da sociedade, aqui incluída as instituições privadas de ensino superior.

De outra parte, o artigo 206, I, da Carta Magna estabelece que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Ora, constitui noção cediça no meio jurídico que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades.

Pois bem, o aluno que não pode comparecer em sala de aula das 18h de sexta-feira até às 18h de sábado, sem dúvida, é um aluno especial, que merece e tem direito a um tratamento diferenciado, já que não pode ser alijado do processo educacional, na medida em que a Educação é um direito de todos, garantido o acesso e a permanência na escola em igualdade de condições.

De outra parte, não se pode desconsiderar que o inciso II do artigo 206 da Norma Ápice consagra o princípio da liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, sendo que o inciso III desse mesmo dispositivo garante o princípio do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas. Ora, tais princípios são corolários do princípio geral da liberdade, assim como também o é o princípio da liberdade de crença religiosa, insculpido nos incisos VI e VIII do artigo 5º da Carta Magna.

Nesse sentido, pode-se afirmar que não há qualquer incompatibilidade entre o direito à Educação e o direito à liberdade de crença, pelo contrário, ambos se completam, já que a Educação propugna pela observância dos princípios da liberdade e do pluralismo de idéias. E, se assim o faz, deve proporcionar os meios e programas adequados para albergar aqueles alunos que, em razão de convicções religiosas, não podem comparecer no estabelecimento de ensino em períodos ou turnos regulares de aulas.

Não se olvide, também, que o artigo 3º, inciso IV, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) estabelece que o ensino será ministrado tendo como base o princípio do respeito à liberdade e o apreço à tolerância. Veja-se, a liberdade e a tolerância são valores que se completam. Uma não pode existir sem a outra. Ser tolerante é ser plural, é ser disposto a transigir, é ser livre e respeitar a liberdade dos outros. Nesse sentido, se o ensino realmente deseja respeitar a liberdade e dar apreço à tolerância, deve também proporcionar os meios adequados para que esses valores se realizem, acolhendo, e não rechaçando, aquele que pensa diferente ou que cultua uma religião diferente.

Nessa linha, impedir o acesso ou a permanência de aluno na escola, por motivos de crença religiosa, constitui medida que não se coaduna com o Princípio da Proporcionalidade.

De fato, negar a prestação do ensino ao aluno cuja convicção religiosa não lhe permite freqüentar determinados períodos ou turnos de aula constitui medida inadequada, já que não ajuda a resolver o problema, mas sim a agravá-lo, na medida em que implica em alijar o aluno do processo educacional, em afronta aos princípios educacionais que informam o nosso sistema jurídico.

Do mesmo modo, negar o ensino ao aluno nessas condições constitui medida desnecessária e desproporcional, já que existem outras medidas mais hábeis e eficazes para atingir o fim desejado, qual seja, garantir o direito à Educação sem prejudicar o direito à liberdade de crença religiosa.

Com efeito, a universidade, no exercício da sua autonomia constitucional (art. 207 da Constituição) pode elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes (Art. 53, inciso V, da Leis 9.394/96). Também, no exercício de sua autonomia, a universidade pode criar, organizar e extinguir cursos e programas de Educação superior, bem como fixar os currículos dos seus programas, observadas as diretrizes gerais estabelecidas.

Dessa forma, pode-se dizer que as universidades possuem autonomia para regulamentar a situação dos alunos que não podem freqüentar determinados períodos ou turnos de aula por motivo de convicção religiosa, prevendo programas e estratégias especiais de ensino que preservem o percentual mínimo de freqüência às aulas, garantindo o acesso e a permanência do aluno na escola e, em última análise, o próprio direito à Educação.

Nessa linha de entendimento, cumpre transcrever parte dos fundamentos do Parecer nº 15/99 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, da lavra do Conselheiro Professor Carlos Roberto Jamil Cury¹⁰⁶, que tratou da questão do abono de faltas por motivo de convicções religiosas:

“Um outro ponto a ser considerado no caso é o art. 209 da Constituição Federal que trata da liberdade de ensino e a iniciativa privada. O cumprimento das normas gerais da Educação nacional é obrigação de qualquer iniciativa que vise se estabelecer como Educação escolar regular. A coexistência de instituições públicas e privadas, princípio estabelecido no art. 206, III, significa mais do que uma livre iniciativa. É o próprio direito à diferença que se vê reconhecido na divisão entre escolas lucrativas e não lucrativas e, no interior dessas últimas, a

¹⁰⁶ Vide Parecer nº 15/99 da Câmara de Educação Básica – CEB - do Conselho Nacional de Educação, da lavra do Conselheiro Carlos Roberto Jamil Cury, exarado nos autos do processo nº 23.123.0033688/99-98, homologado pelo Ministério da Educação – MEC – em 25 de novembro de 1999, tendo por consultante a Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais.

tripartição entre comunitárias, filantrópicas e confessionais (art. 213). Esta é mais uma alternativa que visa propiciar a cidadãos interessados numa diferença significativa algo a mais para além do que oferece a escola comum para todos.”

Como se pode perceber, entre as alternativas para o atendimento do aluno que está impossibilitado de freqüentar aulas por motivos religiosos, o parecerista em tela aponta os princípios da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, bem como o princípio do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, através dos quais o sistema nacional de Educação contempla a criação de escolas ou cursos especiais para atendimento de alunos especiais, a exemplo do caso ora sob estudo.

Prossegue o Conselheiro aduzindo o seguinte:

“E, de acordo com a LDB em seu art. 12, os estabelecimentos escolares gozam de autonomia para elaborar sua proposta pedagógica que tem no regimento escolar o seu ponto de apoio administrativo. Cabe dizer que o constrangimento da obediência às normas comuns e as do seu sistema de ensino não implica horários rígidos e uniformes. O que deve ser objeto de obediência é a carga horária mínima anual de 800 horas em um mínimo de 200 dias e por consequência um mínimo de 4 horas de efetivo ensino por dia. Isto significa que um estabelecimento confessional pode adaptar o seu calendário escolar seus marcadores do tempo aos ditames de seus preceitos sem ferir o mínimo de 4 horas diárias e um total de 800 horas em 200 dias. Deste modo ficam ressalvados os princípios da liberdade, do pluralismo e da tolerância tais como expressos no art. 3º da LDB, ficam ressalvadas as precauções operacionais próprias do regimento escolar integrado à proposta pedagógica sem ferir os constrangimentos comuns e obrigatórios postos na lei específica da Educação escolar nacional.”

Veja-se, mesmo não fazendo referência expressa ao Princípio da Proporcionalidade, verifica-se que o entendimento externado pelo parecerista está embasado no princípio em tela, basta ver que o mesmo sugere a adoção de medidas mais adequadas para atingir o fim desejado, qual seja, a de garantir o direito à Educação sem prejuízo ao direito de liberdade de crença religiosa, mediante a adoção normas internas, elaboradas pelo estabelecimento de ensino no exercício de sua autonomia, que contemplem e regulamentem situação do aluno impossibilitado de freqüentar as aulas regulares por motivo de crença religiosa.

Então, à luz do Princípio da Proporcionalidade, fulcrado nos seus sub-princípios informadores (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), pode-se

afirmar que o intérprete e o aplicador do direito encontram o amparo necessário para compatibilizar o direito à Educação e o direito à liberdade de crença religiosa, sem que um exclua o outro, solucionando o caso concreto de forma plena, dando máxima efetividade aos princípios jurídicos albergados na Constituição, restringindo minimamente os interesses e direitos do aluno e do estabelecimento de ensino superior.

3.5 A Questão do Ensino aos Alunos Portadores de Necessidades Especiais

Na área jurídico-educacional, talvez nenhum outro tema desafie mais o intérprete e o aplicador do direito do que a questão do ensino aos alunos portadores de necessidades especiais. Tal desafio prende-se justamente ao efetivo atendimento das necessidades especiais desses educandos, exigindo a adoção de medidas e programas especiais de ensino que garantam o direito à Educação aos mesmos.

O tema está genericamente previsto no artigo 208, inciso III, da Constituição, o qual dispõe que o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), de forma mais específica, o tema está disciplinado no artigo 4º, inciso III, e nos artigos 58, 59 e 60, que integram o capítulo intitulado “Da Educação Especial”.

A par dessas normas básicas, encontramos outras legislações que abordam, direta ou indiretamente, a questão da Educação especial aos alunos portadores de necessidades especiais, como é o caso da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); da Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 e o seu Decreto regulamentador nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999, que contemplam dispositivos sobre o acesso à Educação; da Portaria do Ministério da Educação nº 1.679 de 2 de dezembro de 1999, que dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamentos de instituições de ensino superior.

Destaca-se, por oportuno, que a LDB, ao regulamentar a matéria, adotou terminologia mais apropriada para o tema, empregando a expressão *alunos portadores de necessidades especiais* (art. 4º, inciso III) no lugar de *alunos portadores de deficiência* (tal como consta no

artigo 208, inciso III, da Constituição). Com tal medida, a LDB procurou, com acerto, corrigir o tom discriminatório da expressão empregada na Carta Magna.

Por *alunos portadores de necessidades especiais* entende-se não só os alunos que possuam algum tipo de problema físico ou mental, capaz de lhes causar dificuldades no processo de aprendizagem, mas também os alunos que possuam altas habilidades, os chamados “superdotados”. Como bem salienta Elias de Oliveira Motta¹⁰⁷: “Na nova Lei, a expressão ‘educandos com necessidades especiais’, que inclui tanto os portadores de deficiências quanto os superdotados, substitui, adequadamente, expressões como ‘portadores de deficiências’, ‘excepcionais’ e ‘deficientes físicos e mentais’, comuns na legislação anterior.”

A Constituição, ao adotar a expressão *alunos portadores de deficiência*, teria deixado de fora de seu âmbito de abrangência os alunos detentores de altas habilidades (ou superdotados), os quais, também suscitam tratamento diferenciado e adequado de ensino.

Contudo, ao regulamentar o assunto, a LDB deu a exata dimensão à matéria, superando essa aparente omissão, explicitando o espírito contido no dispositivo constitucional, qual seja, a de garantir a Educação para todos (art. 205 da Norma Ápice), sejam pessoas *normais*, sejam pessoas *portadoras de necessidades especiais*, aqui incluídos não os portadores de deficiência, mas também os portadores de altas habilidades.

Todavia, a Educação para todos, não se olvide, não se garante somente com as leis, mas com a efetiva integração e participação de todos. Daí porque a finalidade maior da Educação especial, segundo Elias de Oliveira Motta¹⁰⁸:

“seja a de identificar, assistir, reabilitar e integrar pessoas portadoras de necessidades especiais, por meio de uma atuação democrática e da participação ativa da comunidade (com envolvimento e ações da comunidade, na comunidade, com a comunidade e para a comunidade), que deve ser o agente do processo de reabilitação e de inclusão social, através de ações preventivas das deficiências, buscando reduzir ou eliminar os obstáculos do ambiente e do comportamento humano, utilizando soluções compatíveis e alternativas adaptadas para possibilitar a vida com exercício da cidadania em sua plenitude.”

A Educação especial, voltada aos alunos portadores de necessidades especiais, fundamenta-se não só no princípio da Educação para todos, insculpido no artigo 205 da

¹⁰⁷ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 402.

¹⁰⁸ MOTTA, Elias de Oliveira, op. cit., p. 405.

Constituição, mas também no princípio da igualdade de acesso e permanência na escola, previsto no artigo 206, inciso I, da Carta Magna.

Com efeito, o princípio da igualdade não consiste simplesmente em tratar igualmente aqueles que são iguais, mas também em tratar desigualmente os que são desiguais, na medida de suas desigualdades. Nesse sentido, a Educação especial, com os seus programas e métodos especiais de ensino, visa justamente criar condições diferenciadas para os alunos portadores de necessidades especiais tenham efetivo acesso à Educação, a exemplo dos demais alunos que não possuem tais necessidades especiais.

O desafio que a matéria suscita não é apenas o de dar atendimento especializado aos alunos portadores de necessidades especiais, mas também o de integrá-los nas classes comuns do ensino regular, juntamente com os demais alunos. De fato, tanto a Constituição (art. 208, inciso III) como a LDB (art. 58, *caput*, parágrafo 2º) estabelecem esse objetivo.

O Princípio da Proporcionalidade, articulado com o princípio da igualdade, pode auxiliar o operador do direito a superar tais desafios, na busca e na identificação de medidas jurídico-educacionais que não só garantam o atendimento especializado aos alunos portadores de necessidades especiais, mas que também garantam, o tanto quanto for possível, a inclusão dos mesmos nas classes do ensino regular.

A articulação que se estabelece entre o Princípio da Proporcionalidade e o princípio da igualdade é muito bem explicitada por Suzana de Toledo Barros¹⁰⁹, nos seguintes termos:

“Há uma estreita relação entre a proporcionalidade e a igualdade, mas é fundamental distinguir-se o plano de atuação de cada princípio, sob pena de correr-se o risco de confundi-los. O princípio da igualdade e o *Princípio da Proporcionalidade* têm estrutura diversa. Enquanto o primeiro atua separando e individualizando, o segundo funciona harmonizando e conciliando. Ocorre que ambos possuem zona de intersecção; melhor esclarecendo: para aferir-se a validade de uma norma legal frente ao princípio da isonomia, necessita-se da idéia de proporcionalidade ou de razoabilidade.”

No caso concreto, trata-se de aplicar o princípio da igualdade no sentido de criar condições diferenciadas para atender os alunos portadores de necessidades especiais, igualando-os, no que diz respeito ao acesso e permanência na escola, com os demais alunos não portadores de necessidades especiais.

O Princípio da Proporcionalidade, por seu turno, aplica-se não só para aferir se o tratamento diferenciado (em si mesmo considerado) entre o aluno normal e o aluno portador

¹⁰⁹ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 186.

de necessidade especial é adequado, necessário e proporcional, mas também para verificar se dito tratamento observou as medidas necessárias para garantir, em primeiro lugar, nos termos da lei, a inserção do aluno portador de necessidade especial nas classes do ensino regular.

Para atender os alunos portadores de necessidades especiais, o artigo 59 da LDB contemplou programas e estratégias diferenciadas de ensino, v.g., currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos; terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental em virtude de suas deficiências; e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados.

Mas, antes de se aplicar esses programas e estratégias diferenciadas, há de se analisar, em primeiro plano, se o educando é verdadeiramente um aluno portador de necessidades especiais.

Com efeito, não se pode confundir, p. ex., aluno com dificuldades de aprendizagem com aluno portador de necessidades especiais. De fato, o primeiro, por possuir uma formação deficiente ou por possuir problemas de relacionamento (com a família, com os colegas ou com os professores) tem dificuldade de progredir no processo de ensino e aprendizagem. Tais problemas se superam com estratégias de recuperação, com orientação pedagógica adequada. O segundo, em razão de sua deficiência ou em razão de sua alta habilidade, não consegue progredir no processo de ensino e aprendizagem. Para esse, a solução do problema pressupõe não só um programa especial de ensino, mas todo um acompanhamento pluridisciplinar, envolvendo psicólogos e médicos.

Nesse sentido, aos alunos com dificuldades de aprendizagem não se aplicam os preceitos inerentes à Educação especial, previstos na LDB, já que estes preceitos destinam-se aos portadores de necessidades especiais, estes sim merecedores de programas e estratégias de ensino diferenciadas.

Num segundo plano, sendo o aluno verdadeiramente portador de necessidades especiais, deve-se verificar até que ponto ele necessita de programas e estratégias especiais de ensino para desenvolver adequadamente as suas atividades escolares.

Num terceiro plano, deve-se verificar se os programas e estratégias especiais de ensino, para atingir a eficácia esperada, pressupõem necessariamente que o aluno seja retirado das classes comuns de ensino regular para ser encaminhado a classes, escolas ou serviços especializados.

Em todas essas fases, deve-se atentar ao Princípio da Proporcionalidade, para evitar que as medidas empregadas (estratégias e programas especiais de ensino) sejam inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais.

Com efeito, empregar métodos e programas especiais de ensino a quem não precisa (inadequação), ou empregar tais métodos e programas em demasia, a ponto de subestimar a capacidade do aluno ou, o que é pior, segregá-lo da companhia dos demais alunos, conduzindo-o a classes especiais ou serviços especializados de ensino (desnecessidade ou desproporcionalidade), constituem medidas que contrariam o Princípio da Proporcionalidade, devendo ser de pronto afastadas, porque não atendem à finalidade colimada, qual seja, a de tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, dando-se cumprimento ao princípio da igualdade de acesso e permanência na escola e, em última análise, ao princípio da Educação para todos.

Nessa linha, Suzana de Toledo Barros¹¹⁰ assevera com propriedade:

“Não há incongruência, portanto, na utilização do *Princípio da Proporcionalidade* para o fim de constatar se as distinções de tratamento, freqüentemente necessárias em face do resultado perseguido, são ou não compatíveis com a idéia de igualdade, porque a proporcionalidade, como já assentado inúmeras vezes, constitui um parâmetro por excelência e não uma medida em si. Essa relação tão íntima entre a igualdade e proporcionalidade levou vários autores a tentar unificar ambas as idéias sob um denominador comum. Não é estranho, em face disso que alguns tenham sustentado em alguma ocasião que o princípio da igualdade consagra o *Princípio da Proporcionalidade*, o que não deixa de ser verdadeiro, quando se toma em consideração a necessidade de invocá-la como critério para aferição da legitimidade da diferenciação de tratamentos a pessoas até então tidas em idêntica posição.”

Portanto, com amparo no Princípio da Proporcionalidade, é possível analisar, com base nos princípios jurídicos educacionais, se a adoção dos programas e estratégias especiais de ensino, à luz do caso concreto, são adequadas, necessárias proporcionais, de tal modo a garantir aos alunos portadores de necessidades especiais, em igualdade com os demais, o acesso à Educação.

¹¹⁰ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 187-188.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NAS RELAÇÕES JURÍDICO-EDUCACIONAIS ENTRE O ALUNO E O ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR

4.1 O Princípio da Proporcionalidade e a Idéia de Sistema Jurídico

Observando-se a natureza, verifica-se que todas as partes que a compõem, em que pese possuírem uma identidade própria, estão ligadas de forma harmônica e indissociável entre si, formando uma identidade comum (a própria natureza).

Esse vínculo, que liga as partes formando o todo, é tão forte que, se uma dessas partes for subtraída ou perder a sua funcionalidade, todas as demais partes serão atingidas irremediavelmente, de tal sorte que, o todo, se não restar extinto, não mais será o mesmo.

De fato, tomemos o exemplo do corpo humano. O mesmo é composto de vários órgãos, v.g., rins, pulmões, coração, cérebro, etc. Se retirarmos um dos pulmões, o corpo continuará funcionando, só que com limitações (p. ex., redução da resistência física). Agora, se retirarmos o coração, o corpo, como um todo, sucumbirá, já que todos os demais órgãos não mais receberão sangue e, destarte, oxigenação para funcionar.

Essa relação, que liga as partes com o todo, o todo com as partes e as partes entre si, pode ser denominada de *relação sistêmica* ou, simplesmente, *sistema*.

À semelhança do que ocorre com a natureza, o direito também pode ser considerado como um sistema.

Com efeito, as regras, os princípios e as experiências jurídicas (aqui englobadas a doutrina e a jurisprudência), em que pese possuírem cada qual uma identidade e uma funcionalidade própria, ligam-se e interagem entre si, formando um todo orgânico, denominado *direito* ou, ainda, *sistema jurídico*.

O direito, obra cultural do homem, fruto de sua racionalidade, foi idealizado e concebido com o fito de manter e disciplinar a convivência social.

Para atingir esse objetivo, qual seja, o de manter e organizar a vida social, o direito, igualmente, foi sendo concebido pelo homem de tal forma que pudesse se auto manter e se auto organizar.

De fato, não se concebe que um instrumento criado pela racionalidade do homem para manter e regular a convivência social (leia-se: o direito) não fosse igualmente dotado de mecanismos que assegurassem a sua própria manutenção e regulamentação. Se não fosse assim, o direito não seria eficaz e funcional, na medida em que, não sendo organizado e regulado, não poderia pretender organizar e regular.

Disso tudo se extrai que o direito, para atingir o fim para o qual foi concebido (manter e organizar a vida social), deve igualmente possuir mecanismos que garantam a sua própria manutenção e organização.

É nesse contexto que a idéia de *sistema jurídico* assume relevo.

Norberto Bobbio¹¹¹, cuja autoridade de suas lições dispensam maiores comentários, define *sistema* como sendo:

“uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.”

De acordo com Claus Wilhelm Canaris¹¹², a idéia de sistema repousa sobre dois pilares básicos: a ordem e a unidade. A *ordem* traduz-se na ligação que se verifica entre dois ou mais objetos componentes de um determinado sistema. A *unidade* é garantida pelo conjunto de mecanismos que não permitem que dois ou mais objetos ordenados se desprendam um dos outros, rompendo o sistema entre eles estabelecido.

O Direito, por seu turno, constitui um mecanismo criado pelo homem para manter a unidade e a ordem social.

Com efeito, Paulo Dourado de Gusmão¹¹³, concebe o Direito como sendo a garantia da ordem e da paz sociais com o mínimo de sacrifício da justiça. Nesse sentido, quando surge um

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

¹¹² CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 12.

¹¹³ GUSMÃO, Paulo dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 424.

conflito na sociedade, ou quando uma determinada instituição social é ameaçada, o Direito é acionado para solucionar tais impasses, restabelecendo a harmonia e a organização (paz) social.

Assim, na sua origem e na sua finalidade, o Direito traz consigo os valores da ordem e da unidade, uma vez que realizar o Direito é preservar ou restabelecer a ordem e a unidade social.

Por conter essa idéia, o direito pode ser melhor entendido e aplicado a partir da idéia de sistema. De fato, o pensamento sistemático conduz o intérprete a buscar no Direito a ordem e a unidade para, no caso posto, dirimir o conflito gerador da desordem e da multiplicidade.

Dominar a idéia de sistema, portanto, constitui pressuposto lógico para aplicação do pensamento sistemático sobre o fenômeno jurídico.

Como já foi referido, a idéia de sistema se forma e se concretiza a partir de dois pressupostos básicos: a ordem e a unidade. Por conseguinte, o conceito de sistema que não se apoie na idéia de ordem ou unidade é incompleto, na medida em que ou é limitado ou é abstrato.

Assim, na busca de uma definição adequada à idéia de sistema, é mister que se verifique nas definições investigadas se as mesmas contemplam, de forma efetiva, os pressupostos acima referidos (ordem e unidade).

A idéia de sistema externo, ou codificação, em que pese a sua praticabilidade e previsibilidade, não nos dá a correta idéia de sistema de Direito, por lhe faltar o valor da unidade interna, sem o qual não seria possível harmonizar determinados ramos do Direito que, externamente, seriam incomunicáveis.

De outra sorte, a idéia de sistemas puros, ou impenetráveis, não nos permite conceber o Direito como sistema ordenado e unitário, na medida em que desconsidera os fatores sociais e culturais, por natureza mutáveis e flexíveis, que originam ou transformam o Direito.

O sistema lógico-formal, por seu turno, também não nos fornece a correta essência do Direito. De fato, o Direito nasce e se justifica a partir de uma análise de valores, e não através de regras pré-existentes cuja aplicação ao caso concreto depende, tão somente, de um processo lógico-dedutivo ou indutivo.

A ordem e a unidade são valores, e como tais, devem ser buscados dentro do sistema pelo intérprete e pelo aplicador da norma. A norma, por si só, nem sempre traz consigo esses valores.

O sistema axiomático-dedutivo, que repousa sobre a idéia de ausência de contradições e plenitude, contradiz a essência do Direito. Nesse sistema, as decisões de valor se formam

definitivamente, o que resulta em um pré-julgamento de casos semelhantes, tipicamente positivo, como é o caso das denominadas *súmulas vinculantes*.

Essa concepção é insatisfatória, na medida em que traz uma falsa ordem e unidade ao Direito. De fato, não se pode olvidar que o Direito é um mecanismo a serviço da sociedade, e não o contrário.

A respeito, o eminente professor Paulo Dourado de Gusmão¹¹⁴ já advertia com bastante pertinência que o Direito, na dependência exclusiva de interesses predominantes, tem levado a promulgação de Direitos injustos, desprovidos do apoio da opinião pública.

Nesse sentido, o Direito deve se realizar na medida da ordem e da unidade desejadas pela sociedade e não na medida da ordem e da unidade impostas de forma externa, imutável e hermética.

Segundo a doutrina de Claus Wilhelm Canaris¹¹⁵, o conceito de sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado conjunto através de meios racionais e convincentes.

A adequação valorativa, na aplicação do Direito, repousa numa idéia de harmonia entre o valor contido na norma e os valores do sistema jurídico como um todo.

De fato, a pura aplicação das normas, com seu valor interno e restrito, não satisfaz, assim como não resolve socorrer-se, tão somente, da abstração dos princípios gerais sem a observância do limite que o caso concreto apresenta.

A unidade, por seu turno, deve ser obtida através da recondução da multiplicidade de valores singulares, de abrangência restrita, a alguns poucos valores constitutivos, de abrangência ampla.

Trata-se de apurar por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante, pois só assim podem os valores singulares libertarem-se do seu isolamento aparente e reconduzirem-se a uma conexão valorativa ampla e orgânica.

Daí porque o Princípio da Proporcionalidade, através da operacionalização dos seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, constitui poderoso mecanismo a serviço do intérprete e do aplicador do direito na busca da harmonia e da unidade do sistema jurídico.

Com efeito, através do Princípio da Proporcionalidade, o operador do direito vai buscar solver o caso concreto a luz do sistema jurídico, de tal sorte que a situação

¹¹⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de, op. cit., p. 38.

¹¹⁵ CANARIS, Claus Wilhelm, op. cit., p. 25.

controvertida, com todas as suas particularidades, seja superada com menor prejuízo para as partes envolvidas e com o menor sacrifício do arcabouço jurídico como um todo.

Em outras palavras, através do Princípio da Proporcionalidade é possível extrair da generalidade e da abstração do direito, sem prejuízo da sua ordem e unidade sistêmica, a solução adequada, necessária e proporcional (na justa medida) para o caso particular controvertido.

Nessa linha, Claus Wilhelm Canaris¹¹⁶ afirma que sistema é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige à ordem teleológica e o elemento da unidade interna se dirige aos princípios do Direito.

A concepção em tela é convincente e parece traduzir, com exatidão, a verdadeira idéia de sistema jurídico. Com efeito, o Direito é consequência de uma causa social; sua origem, portanto, reside numa necessidade ou num anseio social.

Nessa perspectiva, é possível dizer que o Direito possui uma unidade interna, uma causa social, de onde se origina e para onde se destina.

A estrutura externa do direito, a sua coerência lógico-formal, nada mais é do que um método para melhor *visualização* do fenômeno jurídico; contudo, o que verdadeiramente importa é o *fundamento*, o *objetivo* do Direito, o qual somente é verificável a partir da compreensão de sua unidade (origem) interna.

Os princípios do direito, segundo Claus Wilhelm Canaris, possuem o condão de traduzir, em linhas amplas e gerais, as unidades valorativas de todo o sistema, ou seja, constituem o fundamento e a finalidade do Direito insculpidos em enunciados gerais.

Efetivamente, as regras jurídicas, por sua lógica formal e por sua especificidade, muitas vezes, vistas isoladamente ou em conjunto com outras regras jurídicas, não se apresentam hábeis e suficientes para solucionar um dado caso concreto.

Nessas circunstâncias, o intérprete e o aplicador do direito, para solucionar o impasse, deve voltar a sua investigação para os bens jurídicos ou valores que deram fundamento à norma, os quais, via de regra, traduz-se em princípios gerais do direito.

Norberto Bobbio¹¹⁷ sustenta que a unidade do Ordenamento Jurídico se forma em torno de uma *norma fundamental*, para além da qual o jurista não pode ir na busca da interpretação e da aplicação do Direito.

¹¹⁶ CANARIS, Claus Wilhelm, op. cit., p. 66.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 54.

Tanto Norberto Bobbio como Claus Wilhelm Canaris, em que pese a terminologia diversa, admitem a existência de uma *norma de fundamento* ou de um *princípio geral* que traduz a idéia de unidade interna de todo o sistema.

De outra sorte, é de se destacar que os princípios jurídicos, modernamente, vêm sendo positivados, geralmente no preâmbulo ou na parte geral dos textos normativos, tudo com o fito de melhor encaminhar o intérprete na sua tarefa de compreender e aplicar o Direito.

Com efeito, apenas para exemplificar, a Constituição da República Federativa do Brasil, nos seus artigos 1º, 3º e 4º, arrola vários fundamentos, objetivos e princípios que informam toda a ação do Estado brasileiro, no campo interno e externo de suas relações.

Do mesmo modo, a Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – dispõe nos seus artigos 2º e 3º uma série de objetivos e princípios que regem toda a Educação nacional brasileira.

Conclui-se, pelo exposto, que os princípios jurídicos são, efetivamente, os elementos representantes e constituintes da ordem interna do sistema jurídico, para os quais e através dos quais o intérprete deve se conduzir na tarefa de aplicar o Direito ao caso concreto.

Por seu turno, resta ainda abordar a pertinência e finalidade da denominada *adequação valorativa* preconizada por Claus Wilhelm Canaris.

Segundo o mencionado autor, é através da adequação valorativa que o intérprete *harmoniza* os valores contidos no sistema, como um todo, com os valores que se pretende preservar no caso concreto.

Com essa atividade, de natureza sistemática, o intérprete preserva a ordem e a unidade do sistema, sem se descuidar da realidade que o caso concreto apresenta, aplicando o Direito na justa medida.

Com efeito, é através da ordenação sistemática que o operador do Direito consegue entender a norma questionada, não apenas como um fenômeno isolado, mas também como parte de um todo.

Nessa perspectiva é que se justifica a importância da *adequação valorativa* na aplicação sistemática do Direito, de vez que a solução do caso concreto perpassa por uma dupla fundamentação ou valorização harmonizada: de ordem geral e de ordem especial.

Esse tipo de pensamento ou fundamentação sistemática possui efeitos muito mais precisos, adequados e convincentes, contribuindo não só para o entendimento, mas também para a criação e aplicação do Direito.

Daí porque, também nesse aspecto, vislumbra-se a correta concepção de sistema, vez que a adequação valorativa, além de preservar a ordem e a unidade do sistema, sem prejuízo

do atendimento das peculiaridades do caso específico, constitui poderoso instrumento para o entendimento e aperfeiçoamento do fenômeno jurídico.

4.2 O Princípio da Proporcionalidade e sua Função Harmonizadora de Princípios e de Valores Jurídicos.

Conforme preconiza Claus Wilhelm Canaris¹¹⁸, entre outros elementos, os princípios gerais do Direito apresentam-se mais aptos para construir o sistema e o pensamento sistemático, uma vez que permitem captar e estabelecer mais fielmente as idéias de ordem e de unidade.

De acordo com o mencionado autor, os princípios gerais do Direito possuem quatro atributos que os recomendam como elementos unificadores do sistema.

O primeiro repousa no fato de que os princípios comportam exceções e que podem entrar em oposição ou em contradição entre si, sem que um deles deva ser eliminado do sistema, como ocorreria se se tratasse de uma regra.

Essa característica é essencial na busca da aplicação do Direito, já que permite ao intérprete estabelecer um escalonamento valorativo das regras e princípios jurídicos que irão solucionar mais adequadamente o caso concreto, sem que, com isso, restem prejudicado os valores da ordem e da unidade do sistema, zelando por sua harmonia.

O segundo consiste no fato de que os princípios não possuem pretensão de exclusividade.

Isso significa dizer que uma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser estabelecida a partir da aplicação conexa de outro princípio.

Por isso seria incorreta a idéia de que um determinado ramo do Direito possui *princípios singulares*, na medida em que os princípios regem o sistema como um todo, podendo ser invocados para dirimir um conflito de uma determinada área do Direito, em que pese pertençam a outra.

Logo, a consideração e a concatenação de vários princípios para a análise e solução sistemática do caso concreto possui a mais alta relevância para a interpretação comum e a interpretação criativa do Direito.

¹¹⁸ CANARIS, Claus Wilhelm, op. cit., p. 77.

O terceiro atributo revela-se no fato de que os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementações e restrições recíprocas.

De fato, o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites (seja dos seus limites imanes, seja dos seus limites externos, isto é, resultante dos condicionamentos impostos pela oposição de outros princípios).

Em outras palavras, o princípio não se justifica de forma isolada e restrita, pelo contrário, manifesta e mantém o seu sentido próprio a partir do entrechoque ou do relacionamento com outros princípios.

Por fim, o quarto atributo consiste no fato de que os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.

Isso implica dizer que o princípio possui uma maior ou uma menor aplicação a partir da perspectiva em que ele é invocado, numa análise valorativa, escalonada e harmonizadora de outros princípios em tese aplicáveis ao mesmo caso concreto.

A par disso, há de se ressaltar que os princípios gerais do Direito, também chamados de *normas de fundamento*, constituem o ponto de partida e o ponto de chegada de todo o sistema, uma vez que as demais normas podem ser conduzidas ou encaminhadas ao âmago do princípio, o qual abarca o valor jurídico fundamental e verdadeiramente relevante para o deslinde do caso concreto.

Daí a sua importância para o intérprete na aplicação sistemática do Direito. No mar revolto da interpretação, o princípio jurídico é o farol que aponta o caminho.

Feitas essas considerações gerais acerca dos princípios jurídicos, cumpre agora abordar a questão dos valores jurídicos.

O Direito não é um fim em si mesmo, já que a sua origem, a sua modificação e o seu declínio dependem de uma necessidade ou de um desejo social.

De fato, o Direito constitui uma obra da cultura humana, fundamentada na necessidade de proporcionar e de manter a ordem e a paz social.

A escola do culturalismo jurídico, defendida e divulgada no meio jurídico pátrio por Miguel Reale¹¹⁹, preconiza o fenômeno jurídico a partir da tridimensionalidade de *fato*, *valor* e *norma*.

¹¹⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 509.

Sem dúvida, o Direito constitui um fenômeno cultural, resultado do processo racional impetrado pelo homem, que cria o preceito jurídico a partir de uma análise valorativa do caso concreto.

Esse processo de criação do Direito, que pressupõe uma análise valorativa, também se aplica ao processo de interpretação do Direito, que nada mais é do que buscar na norma o valor que a mesma abriga, fazendo corresponder com o valor que o caso concreto necessita.

De fato, numa perspectiva sistêmica, isto é, de um todo ordenado, o valor que cria a norma e o valor alcançado com a aplicação da norma devem corresponder, respectivamente, com o ponto de partida e o ponto de chegada do pensamento ou da interpretação sistemática.

A respeito, oportuno citar um trecho da obra de Carlos Maximiliano¹²⁰, que trata do elemento teleológico na interpretação e aplicação do Direito:

“Segundo os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, descobrem-se o sentido e o alcance de uma regra de Direito, com examinar as *circunstâncias* e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma, e perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto; põem-se em contribuição, portanto, os dois elementos – a *occasio legis* e a *ratio iuris*. Conclui o repositório de ensinamentos jurídicos: ‘este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo descobrimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela.’”

Dito isso, já é hora de lembrar que o correto escalonamento de valores pressupõe o conhecimento e domínio da matéria jurídica aplicável ao caso concreto.

Do contrário, o intérprete, desconhecedor do fenômeno jurídico envolvente, pode incorrer numa aplicação ou interpretação arbitrária do Direito, ou seja, sem observância dos limites estabelecidos num dado sistema jurídico.

Logo, é necessário conhecer o valor contido na norma e o valor que com a norma se pretende alcançar, ou seja, é necessário dominar o fenômeno jurídico para estabelecer o adequado escalonamento de valores com vistas à solução do caso concreto.

De outra sorte, numa aparente contradição ou colisão de valores, é também na perspectiva sistemática que o intérprete se orientará, estabelecendo um *escalonamento valorativo* em face do caso concreto, aplicando o princípio jurídico ou o valor jurídico preponderante, assegurando a ordem a unidade e harmonia do sistema jurídico.

¹²⁰ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 151.

Nessa tarefa, assume singular relevância o Princípio da Proporcionalidade, o qual, em conjunto com outros princípios hermenêuticos, auxiliará o intérprete e o aplicador do direito a harmonizarem os valores e os princípios contidos no sistema na aplicação do direito no caso concreto.

Um desses princípios hermenêuticos, que assume fundamental relevância na aplicação do Princípio da Proporcionalidade, é o princípio da interpretação conforme a Constituição.

De fato, de acordo com esse princípio, sempre que o intérprete se deparar com um caso concreto que suscita duas ou mais soluções viáveis, deverá optar por aquele que mais se aproxima dos valores e princípios insculpidos na Carta Magna.

Nessa linha, Luis Roberto Barroso¹²¹ assevera:

“Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.”

Em outras palavras, o intérprete e o aplicador do direito irão sacar do Princípio da Proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição para buscar harmonizar os valores e os princípios em tese aplicáveis ao caso controvertido, de tal forma que a solução eleita para solver o litígio tenha o condão de trazer o menor prejuízo (ou sacrifício) às partes envolvidas e à sociedade, mantendo a ordem e a unidade do sistema e, destarte, os valores insculpidos na Carta Magna.

Abordando o tema dos princípios hermenêuticos e da hierarquização tópico-sistemática, Juarez Freitas¹²² aponta a importância do Princípio da Proporcionalidade como um método orientador e coordenador do próprio sistema jurídico, voltado a auxiliar o jurista na tarefa de interpretar e aplicar o direito ao caso concreto. Nessa linha, é a lição do citado autor:

“Além do referido princípio da unidade, encontram-se outros princípios ou subprincípios inegavelmente associados ao que denominados de princípio maior da hierarquização axiológica, entre os quais o princípio da concordância prática, que também

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 182.

¹²² FREITAS, Juarez, op. cit., p. 115-116.

se deve considerar, nesse passo, como ínsito ao sistema jurídico e, por conseguinte, com força vinculativa. Explica-o bem Hesse, dizendo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal sorte que, na solução do problema (da antinomia, por exemplo), todos conservem sua entidade. Acrescenta que onde se produzirem as antinomias, devem estas ser superadas mediante uma ponderação de bens ou de valores, realizada a exegese de acordo com o Princípio da Proporcionalidade, o qual significa uma coordenação proporcional de bens, que faz as vezes de um critério orientador contido no próprio sistema, similarmente ao que sucede com a concepção de justiça, como já se mostrou no Capítulo precedente. Com efeito, para Hesse, proporcionalidade significa relação entre magnitudes variáveis – concretamente aquela que melhor responder à tarefa de otimização, não pois uma relação entre um objetivo constante e um ou mais meios variáveis. Na condição de critério orientador previsto na Lei Maior, indica o rumo e determina o procedimento através do qual se deve buscar uma solução dita constitucional”.

Juarez Freitas fala de *hierarquização valorativa*. Mais adequado é falar de *harmonização valorativa* ou, ainda, de *harmonização de princípios*, uma vez que, numa concepção sistemática, não há o que se falar de hierarquia de valores, mas sim de valores que se harmonizam dentro do sistema para a solução do caso concreto.

Em outras palavras, um valor não anula o outro e, muito menos, se submete a uma determinada hierarquia: o valor apenas sede um pouco do seu espaço para que o outro (os outros) possa (m) também se realizar. Daí porque preferirmos a expressão *harmonização* no lugar de *hierarquização*.

Nada obstante, o autor em tela reconhece, e aí concorda-se com ele, a importância do Princípio da Proporcionalidade como um critério orientador, um princípio hermenêutico, que dá ao intérprete e ao aplicador do direito o rumo e o método para buscar, à luz do sistema jurídico, uma solução adequada para o caso controvertido.

4.3 O Princípio da Proporcionalidade como Meio de Interpretação e Aplicação do Direito nas Relações Jurídico-Educacionais entre o Aluno e o Estabelecimento de Ensino Superior

No primeiro capítulo deste trabalho, estudou-se o Princípio da Proporcionalidade desvendando a sua origem, os seus subprincípios e a sua funcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito.

No segundo capítulo, abordou-se o direito educacional, demonstrando a sua autonomia científica e sua inserção no quadro da ciência do direito. A par disso, apresentou-se os princípios jus-pedagógicos do direito educacional e abordamos a questão da autonomia universitária e da liberdade do ensino à iniciativa privada.

No terceiro capítulo, já munidos das noções e dos conceitos gerais trabalhados nos capítulos antecedentes, abordou-se casos pontuais ligados ao direito educacional cuja solução suscitam desafios para o intérprete e o aplicador do direito. Já nesse capítulo buscou-se demonstrar a possibilidade da utilização do Princípio da Proporcionalidade como um meio de interpretação e aplicação do direito educacional.

Na parte inicial do quarto capítulo, ora em desenvolvimento, abordou-se o Princípio da Proporcionalidade e a idéia de sistema jurídico, com o fito de buscar noções e fundamentos para investigar a possibilidade da utilização do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito.

Nesse diapasão, cumpre ultimar essa seqüência de estudos, conjugando as noções e as idéias trabalhadas nos tópicos antecedentes, com o objetivo de tentar demonstrar a possibilidade da utilização do Princípio da Proporcionalidade como meio adequado e eficaz de interpretação e aplicação do direito nas relações jurídico-educacionais entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior.

Pois bem, ficou assentado na primeira parte deste estudo que a vida em sociedade desafia a superação das desigualdades entre as pessoas e o respeito à pluralidade de idéias.

De fato, uma sociedade harmônica e minimamente organizada não seria possível se não houvesse um mecanismo que garantisse o tratamento desigual aos desiguais e o respeito à diversidade de opiniões entre os homens.

O direito foi concebido pela sociedade justamente como um mecanismo de controle e manutenção da vida social harmônica.

Nada obstante, o direito, no seu desenrolar histórico, nem sempre foi utilizado para atingir tal objetivo.

De fato, nos regimes totalitários, o direito era manejado para fazer prevalecer o interesse supremo de algumas poucas pessoas em detrimento de todo o conjunto da sociedade.

Abominando e não desejando para si tal realidade, a sociedade, ao longo de sua evolução, sempre lutou para assegurar uma organização mais democrática, regida por um direito mais justo.

O Princípio da Proporcionalidade é fruto dessa luta.

Nessa linha, Marçal Justen Filho¹²³ assevera com precisão: “Quanto mais democrática uma sociedade, tanto maior é a relevância reconhecida aos diferentes pólos de interesse, aos variados grupos sociais, à pluralidade, à diversidade. A convivência democrática significa ceder passo à proporcionalidade”.

Numa síntese, poderíamos dizer que o Princípio da Proporcionalidade é um mecanismo jurídico concebido para assegurar e manter uma sociedade igualitária, democrática e plural, mediante a ponderação entre bens e valores, com vistas a harmonizá-los sempre que se apresentem em situação conflituosa ou em concorrência, próprias de sociedades pluralistas complexas.

O Princípio da Proporcionalidade está presente no nosso sistema jurídico. De fato, a doutrina e a jurisprudência vêm destacando a importância do princípio em tela, reconhecendo que o mesmo possui funções de interpretação e de aplicação do direito, além de constituir parâmetro para aferição da legalidade ou constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais, provocadas por atos administrativos, legislativos ou judiciais.

De efeito, o Princípio da Proporcionalidade constitui um instrumento que orienta a interpretação e a aplicação do direito, de modo a garantir a realização dos interesses e aspirações individuais com o mínimo sacrifício dos interesses e aspirações sociais e vice-versa.

Através dos sub-princípios informadores do Princípio da Proporcionalidade é possível construir, de forma sólida e fundamentada, uma solução a um dado caso concreto que envolva conflito entre valores ou princípios jurídicos, sejam eles de dimensão individual, sejam eles de dimensão social.

De fato, através dos sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (que integram e estruturam o Princípio da Proporcionalidade) é possível averiguar qual das múltiplas soluções possíveis para um dado caso concreto é a mais plausível.

Veja-se, através do princípio da adequação, o intérprete irá avaliar, à luz do caso concreto, se há ou não necessidade de restringir o direito de uma parte em detrimento do direito da parte contrária e, caso positivo, se a restrição a ser adotada contribuirá ou não para a solução do impasse.

Num segundo passo, constatado que o meio restritivo pode contribuir para a solução do problema, o intérprete irá avaliar, à luz do princípio da necessidade, qual a medida

¹²³ Trecho extraído da apresentação da seguinte obra: BUECHELE, Paulo Armínio. *O Princípio da Proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

restritiva causa menos prejuízo a parte contrária ou, em outras palavras, qual a medida menos gravosa para a parte desfavorecida.

Por fim, através do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete irá avaliar se a medida restritiva a ser aplicada encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. Trata-se de uma análise valorativa de proporção entre meio e fim, de tal forma que o meio empregado seja apto a solucionar o caso com justiça, com o mínimo de sacrifício para as partes envolvidas.

A função do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito foi destacada por Paulo Arminio Tavares Buechele¹²⁴, nos seguintes termos:

“... o Princípio da Proporcionalidade exerce também uma função interpretativa, na medida em que contribui para a orientação do hermeneuta na procura da solução jurídica concreta dos casos que lhe são submetidos. RUY SAMUEL ESPINDOLA, respaldado em *Trabucchi* e *F. de Castro*, ressalta que os princípios de interpretação ‘são verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa. Assim, cumprem função orientadora do trabalho interpretativo, através dos núcleos de sentido dedutíveis dos princípios jurídicos’.

Visto dessa forma, o preceito da razoabilidade torna-se importante e utilíssimo instrumento de interpretação ‘toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.’”

O direito educacional é rico em situações que envolvem conflitos ou colisões entre direitos fundamentais (individuais ou sociais), desafiando o intérprete a buscar mecanismos que permitam dirimir a situação controvertida com o mínimo de prejuízo dos valores constitucionais que estão em jogo.

E nessas situações, na esteira da lição de BUECHELE, o Princípio da Proporcionalidade assume relevo como meio de interpretação e aplicação do direito educacional.

Com efeito, no capítulo anterior, abordamos um caso paradigmático, qual seja, a dos alunos adventistas. Tais alunos, em virtude dos preceitos de sua religião, não podem frequentar aulas no período que vai do entardecer de sexta-feira ao entardecer de sábado.

¹²⁴ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares, op. cit., p. 166.

Ora, como é sabido, os estabelecimentos de ensino superior mantêm vários cursos universitários funcionando nesse período. A legislação educacional, por seu turno, estabelece a obrigatoriedade de frequência às aulas, tanto ao aluno como ao professor.

Diante desse contexto surge um problema jurídico que desafia o intérprete: como conciliar o direito à Educação e o direito à liberdade de crença sem causar prejuízo ao aluno e ao estabelecimento de ensino superior?

Veja-se, a situação é instigante e pode ser resolvida juridicamente à luz do Princípio da Proporcionalidade. De fato, o intérprete avaliará, à luz dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que medida se apresenta mais apta a atingir o fim desejado, qual seja, harmonizar o direito à Educação e o direito à liberdade de crença com o mínimo de prejuízo para ambas as partes envolvidas.

A vantagem desse método de interpretação do direito está no fato de que a solução adotada para o caso concreto passa pelo crivo de três subprincípios, numa escala lógica e gradativa. Com efeito, o intérprete, para convencer as partes que a solução encontrada para o impasse é a mais consentânea, tem que demonstrar, de forma fundamentada, que a medida encontrada é adequada, necessária e proporcional para atingir o fim desejado.

Tal fundamentação, além de dar solução jurídica ao impasse, uma vez que fundamentada em princípio hermenêutico integrado ao nosso sistema jurídico, permitirá avaliar se a solução encontrada é, efetivamente, justa.

Abordando o tema ora em apreço, Paulo Armínio Tavares Buechele¹²⁵ assevera com propriedade:

“Portanto, é no conflito de direitos, concretamente revelado e sem que se possam hierarquizá-los, que o Princípio da Proporcionalidade se mostrará de extrema praticidade, permitindo ao intérprete (juiz, advogado, promotor ou, até mesmo, ao simples cidadão) definir qual dos interesses contrapostos deverá preponderar naquela situação específica, na medida em que melhor atenda aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não é por outro motivo que importante parcela da Doutrina vislumbra nítida relação entre esse princípio e o método tópico-problemático, pois a proporcionalidade ‘volta-se para a justiça do caso concreto, buscando a solução mais adequada para o problema prático.’”

¹²⁵ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares, op. cit., p. 169.

Outro caso que assume relevo no direito educacional e desafia o intérprete e o aplicador do direito a buscar soluções adequadas para a solução dos impasses cada vez mais crescentes nesse campo é o dos alunos portadores de necessidades especiais.

Efetivamente, como foi salientado no capítulo anterior, os alunos portadores de necessidades especiais, como a própria denominação indica, necessitam de métodos didáticos e pedagógicos que os insiram no ambiente escolar, de modo a permitir que esses alunos tenham acesso efetivo à Educação.

Trata-se de harmonizar o direito à igualdade e o direito à Educação. Nessa tarefa, o intérprete e o aplicador do direito se deparam com um terreno pedregoso, onde a falta de estrutura material, didática e pedagógica, aliada a uma legislação ainda incipiente na matéria, não consegue, de forma efetiva, assegurar o direito à Educação ao aluno portador de necessidades especiais.

Nada obstante, através do Princípio da Proporcionalidade, poderá o intérprete e o aplicador do direito buscar luzes para resolver, com amparo jurídico, os casos concretos que lhe são submetidos.

Com efeito, da mesma forma como apontado no caso dos alunos adventistas, o aplicador do direito avaliará, à luz do caso concreto, qual a medida que se apresenta mais adequada, necessária e proporcional para atingir o fim colimado, qual seja, garantir o acesso do aluno portador de necessidades especiais à Educação, com o mínimo de prejuízo para o aluno e para o estabelecimento de ensino superior.

Nessa tarefa, o aplicador do direito irá fundamentar a sua posição, demonstrando que a solução encontrada é adequada, necessária e proporcional, na medida em que garante o direito à igualdade e o direito à Educação, harmonizando esses valores à luz do caso concreto preservando o direito do aluno e o direito da escola, resolvendo o litígio com amparo no direito.

É claro que no caso em apreço não está em jogo somente o direito de um determinado aluno e o direito de uma determinada escola, mas sim o direito de vários alunos, os quais deverão dar a sua parcela de contribuição, em homenagem aos princípios da igualdade e da solidariedade, os quais estão insculpidos na Carta Magna, de tal forma que todas as pessoas envolvidas no caso possam, com mínimo de prejuízo aos seus direitos individuais, efetivar um outro direito individual de igual relevância, qual seja, o direito do aluno portador de necessidade especial ter acesso à Educação.

Nessa linha, vale a pena transcrever a valiosa lição de Suzana de Toledo Barros¹²⁶:

“Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar. Essa relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz ínsita a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Ora, o equacionamento de um conflito entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito, daí que este elemento do cânone da proporcionalidade é um consectário lógico da natureza de princípio da norma de direito fundamental.

Também a adequação e a necessidade são dedutíveis desse caráter principiológico das normas de direito fundamental. Se é certo que a realização dos direitos fundamentais supõe uma otimização não só de situações jurídicas, mas igualmente de situações fáticas, fica claro que a adequação dos meios aos fins bem como a busca da maior idoneidade do meio para a realização ótima do fim estão implícitas no processo, porque são elas – adequação e necessidade – que determinam, enfim, o resultado apto sob o aspecto da realidade possível.”

Portanto, como muito bem assevera a doutrinadora acima citada, o aplicador do direito deverá levar em conta as particularidades do caso concreto, considerando as pessoas envolvidas e a realidade do possível, a fim de buscar uma solução que se apresente adequada, necessária e proporcional ao impasse.

Outra faceta importante do Princípio da Proporcionalidade diz respeito ao controle das restrições aos direitos fundamentais.

Com efeito, através do Princípio da Proporcionalidade é possível controlar a atividade restritiva dos direitos fundamentais de modo a não permitir que ditos direitos tenham o seu conteúdo esvaziado em virtude de atos administrativos, legislativos ou judiciais que afrontam a Constituição.

Abordando o tema, Suzana de Toledo Barros¹²⁷ assevera: “Se se pretende aquilatar a razoabilidade da interferência legal de caráter restritivo no âmbito dos direitos fundamentais, tem-se de ter, como premissa básica, o fato de se estar no campo de situações plausíveis, isto é, que os direitos fundamentais são passíveis de limitação e que o legislador pode exceder-se nessa tarefa.”

¹²⁶ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 157-158.

¹²⁷ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 158.

De fato, o Princípio da Proporcionalidade assume o papel de balizador da atividade restritiva dos direitos educacionais. Essa atividade restritiva pode se dar mediante produção legislativa, por atos normativos do Ministério da Educação –MEC, por atos deliberativos ou consultivos do Conselho Nacional de Educação e por atos estatutários ou regimentais das próprias universidades.

O artigo 53, inciso V, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) permite que as universidades, no exercício de sua autonomia constitucional, editem os seus próprios estatutos e regimentos.

Sucedem, todavia, que ao elaborarem os seus normativos internos, muitas vezes as universidades acabam por fixar preceitos que restringem indevidamente o direito do aluno, em afronta aos princípios constitucionais.

Com efeito, caso típico dessa restrição indevida é o da retenção de documentos escolares por motivo de inadimplência do aluno. A jurisprudência¹²⁸ é rica em casos de universidades que fazem constar em seus estatutos regras que impedem o fornecimento do diploma ou de transferência ao aluno que se encontra em débito para com a instituição.

Sucedem, todavia, que tais normas regimentais constituem medidas desproporcionais, na medida em que restringem indevidamente o direito à Educação. De fato, a jurisprudência aponta como caminho correto não a retenção do documento escolar, mas sim a cobrança judicial das mensalidades atrasadas, de tal sorte que o aluno tenha o direito à Educação preservado e o estabelecimento de ensino tenha o seu direito de crédito igualmente garantido. Assim, o exercício de um direito não prejudica o outro e ambas as partes têm seus interesses harmonizados, com o mínimo de prejuízo para cada um, sem afrontar o direito à Educação garantido na Constituição.

¹²⁸ **Ementa:** “ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR. RECUSA DE MATRÍCULA COMO FORMA DE COMPELIR A PAGAMENTO DE MENSALIDADE DE CURSO ABANDONADO. ILEGALIDADE. O aluno aprovado em novo vestibular tem direito à matrícula pelo próprio fato da aprovação. As dívidas anteriores, oriundas de mensalidades de curso abandonado, podem e devem ser cobradas, pelos meios legais, mas não constituem óbice legítimo à nova matrícula. Sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos.” (Remessa “ex officio” em Mandado de Segurança nº 91.01.05489-9/MG, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Rel. Juiz Hércules Quasidomo, D. J. de 13/10/92 – Seção II – p. 32080)

Ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ENTIDADE PARTICULAR DE ENSINO. RECUSA DE EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA POR FALTA DE PAGAMENTO DE MENSALIDADES. PRELIMINARES REJEITADAS.

I–Não pode a universidade, através de coação administrativa, vincular a expedição de diploma à satisfação de débito do aluno.

II–A cobrança de dívida deve ser feita por meio de execução compulsória judicial.

III–Apelação e remessa oficial improvidas.” (Apelação em Mando de Segurança nº 26.669/PE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Rel. Juiz Nereu Santos, D. J. de 31/3/95 – Seção II – p. 17766)

Outra situação paradigmática no direito educacional é a questão das alterações curriculares. Com efeito, as Universidades, no exercício de sua autonomia didático-científica garantida no art. 207 da Constituição, podem alterar os currículos dos seus cursos universitários, aumentando ou diminuindo a duração dos cursos, criando ou extinguindo disciplinas, estabelecendo ou revogando pré-requisitos.

Ocorre que, muitas vezes, essas alterações curriculares acabam por afetar, de forma desproporcional, o direito de determinados alunos. Com efeito, existem casos em que os estabelecimentos de ensino superior alteram o currículo aumentando a duração do curso superior, v.g., de cinco para seis anos. Ora, o aluno que antes se formaria em cinco anos agora se vê na iminência de ter que cursar mais um ano letivo para concluir o seu curso superior.

Ora, tal situação não se coaduna com o Princípio da Proporcionalidade, uma vez que causa surpresa ao aluno, retardando o seu ingresso no mercado de trabalho. A jurisprudência tem ficado atenta a esta realidade¹²⁹.

Como foi abordado no segundo capítulo desse estudo, não se desconhece que a qualidade do ensino é um dos princípios que regem o Direito Educacional. Contudo, a alteração curricular que pretenda melhorar a qualidade do ensino deve ser promovida de tal forma a atender as situações excepcionais, notadamente o caso dos alunos formandos.

Nessas situações, o Princípio da Proporcionalidade é de grande valia, já que o mesmo permite avaliar se a restrição que será imposta ao aluno formando, em razão da alteração curricular, é adequada, necessária e proporcional. Atendidos estes princípios, certamente a mudança no currículo terá amparo, tanto no plano pedagógico, como no jurídico, uma vez que restará atendido o princípio da qualidade do ensino com o mínimo prejuízo do direito à Educação e o direito ao acesso ao mercado de trabalho.

No exercício de sua função precípua, o Poder Judiciário tem que ser vigilante no controle das medidas restritivas aos direitos fundamentais, interpretando e aplicando o direito

¹²⁹ **Ementa:** “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ALTERAÇÃO DE CURRÍCULO. DIREITO DOS FORMANDOS À CONCLUSÃO DO CURSO NO PRAZO PREVISTO NO CURRÍCULO ANTERIOR.

A autonomia da Universidade confere-lhe o direito de alterar o currículo dos cursos que oferece, tendo em vista o aprimoramento da qualidade do ensino. Também o estabelecimento de disciplinas pré-requisitos está no seu âmbito de poder. Tais faculdades devem ser exercidas, entretanto, respeitando-se o direito de os estudantes universitários, mormente quando estão no último semestre, concluírem o curso no prazo inicialmente previsto pela Universidade. Apelação e remessa improvidas.” (Apelação em Mandado de Segurança nº 30.518/CE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Rel. Juiz Nereu Santos. D. J. de 28/4/95, Seção II – p. 25309).

Ementa: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE PRÉ-REQUISITOS. A universidade possui autonomia didática para estabelecer o sistema de pré-requisitos, possibilitando o ensino da matéria de forma progressiva e ordenada, ressaltando-se, no entanto, a situação do aluno concluinte, ameaçado de jubileamento e considerando que, não há grave lesão à autonomia didático-científica, estando satisfeito o princípio da integralização de que trata o art. 29 da lei 5.540/68. Apelo e remessa improvidos.” (Apelação em Mandado de Segurança nº 55.014/CE – 96.05.161415-9 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Rel. Juiz Francisco Falcão. D.J. de 6/9/96 – Seção II – p. 65979)

à luz do Princípio da Proporcionalidade, evitando extremos, ponderando os valores e harmonizando os princípios até que os mesmos cheguem a uma eficácia ótima, com o menor prejuízo possível ao educando e ao estabelecimento de ensino¹³⁰.

Nada obstante a utilidade do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito educacional, não se desconhece que o princípio em tela já foi alvo de críticas por parte da doutrina.

De fato, Paulo Armínio Tavares Buechele¹³¹ resume bem tal realidade:

“Contudo, nem só elogios são reservados à utilidade prática do Princípio da Proporcionalidade. Ao contrário, não são poucos os doutrinadores, nacionais e alienígenas, que, ainda, hoje, enfatizam os riscos consideráveis de uma eventual transformação do critério da razoabilidade em panacéia para o controle de constitucionalidade das leis ou dos atos administrativos e judiciais, bem como para os conflitos entre direitos fundamentais.

Atribuir ao juiz o poder de dizer, na hipótese de confronto entre duas normas de igual hierarquia, qual a prevalecente no caso concreto, baseado apenas na razoabilidade, poderia, de fato, promover um desequilíbrio entre as três funções primordiais do Estado, repercutindo na violação do próprio Estado Democrático de Direito.”

Para evitar esse problema, é necessário estabelecer certos mecanismos que permitam controlar a atividade do intérprete e do aplicador do direito, a fim de assegurar que os mesmos não extrapolem os limites de suas funções.

Esses mecanismos são a fundamentação jurídica (ou argumentação jurídica) e a aplicação paralela do princípio da interpretação conforme a Constituição (princípio sistêmico de cunho hermenêutico).

¹³⁰ **Ementa:** “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA (IN)TEMPESTIVA – PRAZO EXÍGUO PARA EFETIVAÇÃO DE CONSIDERÁVEL NÚMERO DE MATRICULANDOS – ATRASO DA ALUNA POR QUINZE MINUTOS.

1-Em sendo a lógica do direito a lógica do bom senso, não se pode sacrificar um direito conquistado ou uma liberdade do indivíduo, sem qualquer benefício para o interesse público; ou sem que haja uma necessidade ou interesse público iminente a atender.

2-O atraso de ‘quinze’ minutos, além de poder ser creditado ao relógio do servidor, não pode ser justificativa para o indeferimento de matrícula, em face da desproporção com o prejuízo que ocasiona: perda do direito legalmente conquistado (aprovação em vestibular).

3-Apelação e Remessa Oficial não providas.

4-Peças liberadas pelo relator aos 20 JUN 2000 para publicação do acórdão.” (Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.009355-6/MG. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Rel. Juiz Luciano Tolentino do Amaral. D.J. de 24/7/2000 – Seção II – p. 12)

¹³¹ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. op. cit., p. 170.

No nosso sistema jurídico, a fundamentação das decisões judiciais constitui princípio constitucional, insculpido no inciso IX do art. 93 da Carta Magna. E nem poderia ser diferente, justamente porque é através da fundamentação que o cidadão e a sociedade como um todo poderão aquilatar a correção e a justiça da decisão judicial.

De fato, através da fundamentação jurídica, o intérprete e o aplicador do direito irão demonstrar que a solução jurídica adotada é a mais adequada para o caso concreto, na medida em que, à luz do Princípio da Proporcionalidade, fez valer os valores constitucionais envolventes, com o menor prejuízo aos interesses das partes envolvidas.

Por seu turno, para demonstrar que a solução jurídica adotada é a mais adequada ao caso concreto, além da fundamentação jurídica, o intérprete e o aplicador do direito podem, em conjunto com o Princípio da Proporcionalidade, lançar mão de outro princípio de interpretação jurídica, de natureza sistêmica, qual seja, o da interpretação conforme a Constituição.

Com efeito, conforme já foi abordado nesse capítulo, o princípio da interpretação conforme a Constituição determina que o intérprete, sempre que se deparar entre duas ou mais soluções viáveis para o caso concreto, eleja aquela que mais se coaduna com os princípios e valores constitucionais, como forma de garantir a unidade do sistema jurídico, capitaneada pela Constituição.

Natalino Irti¹³², abordando o tema, sustenta que a Constituição representa o centro do sistema jurídico de um dado país, para o qual o intérprete deve-se voltar para solucionar casos concretos que envolvam a aplicação simultânea de dois ou mais princípios jurídicos.

Logo, a crítica segundo a qual o Princípio da Proporcionalidade poderia constituir-se em um princípio por demais aberto, capaz de ensejar uma ampliação desmesurada dos poderes do Juiz, inclusive em prejuízo da harmonia das funções do Poder e ao Estado Democrático de Direito, cai por terra se na aplicação do princípio em tela, o intérprete lançar mão, conjuntamente, da argumentação jurídica e da interpretação conforme a Constituição, de modo a permitir o controle da sua atividade e a aferição da justiça de sua decisão.

Nessa linha é a lição de Paulo Armínio Tavares Buechele¹³³

“Conciliando o Princípio da Proporcionalidade com outro crucial princípio de interpretação constitucional – qual seja, o da Interpretação conforme a Constituição, já examinado no

¹³² IRTI, Natalino. *Leggi Special. Revista Di Diritto Civile*. Roma, n. 2, mar./abr., 1979, p. 141-153.

¹³³ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares, op. cit., p. 173-174.

segundo capítulo deste trabalho -, os riscos de uma exarcebção dos poderes do juiz diminuem consideravelmente.

Quer isso dizer que, de um lado, em face de normas infraconstitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira sentido compatível e não conflitante com a Constituição, não sendo permitido ao intérprete, no entanto – contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocadamente, pretendeu alcançar com a regulamentação. E, de outro, quando o juiz estiver diante de um conflito aparente de normas para a solução do caso concreto, deverá ele optar por aquela que melhor se coadune com a letra e o espírito da Constituição, investigando, outrossim, se restaram atendidos pelo legislador os elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.”

Deve-se destacar que a solução jurídica para o caso concreto, construída e fundamentada com amparo no Princípio da Proporcionalidade, dá ao intérprete e ao aplicador do direito educacional um grande poder de argumentação jurídica e de convencimento, ainda mais se for conjugado nesse labor hermenêutico o princípio da interpretação conforme a Constituição, já que aí restará consolidada a unidade do sistema, com a preservação dos valores constitucionais, de tal forma que o caso reste solucionado com o menor prejuízo para o aluno e o estabelecimento de ensino.

De fato, ao demonstrar, de forma fundamentada, que a medida a ser aplicada ao caso controvertido é adequada, necessária e proporcional e que, além disso, se coaduna com os valores constitucionais envolventes, preservando a unidade e a harmonia do sistema, sem dúvida, o intérprete e o aplicador do direito estarão solucionando o impasse entre o aluno e o estabelecimento de ensino de forma satisfatória, com forte amparo jurídico e com o mínimo de prejuízo dos interesses das partes envolvidas.

De todo o exposto, restou evidenciado que o Princípio da Proporcionalidade constitui um valioso meio de interpretação e aplicação do direito educacional, justamente porque permite solucionar os conflitos de interesses entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior, sem restringir, ou restringindo minimamente, o direito de ambos, através de medida jurídica fortemente amparada na Constituição, uma vez que construída e fundamentada sob o pálio dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, preservando a ordem e a unidade do sistema jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade ocorrem, com freqüência, conflitos de interesses que suscitam a aplicação do direito, como única forma de superar as divergências e reestabelecer a harmonia social.

Contudo, para que a harmonia social seja efetivamente reestabelecida, não basta a mera aplicação do direito ao caso concreto. Com efeito, o direito deve ser aplicado de tal modo que se faça justiça às partes envolvidas, concretizando aqueles valores e princípios jurídicos erigidos pela própria sociedade como sendo os mais relevantes para o grupo social.

No Estado Democrático de Direito, os valores e princípios jurídicos que a sociedade reputa como sendo os mais relevantes estão contemplados na Constituição, tida pelo grupo social como a Norma Fundamental, ou ainda, a Norma Ápice de todo o sistema jurídico.

No plano das relações jurídico-educacionais tal realidade não é diferente.

De fato, no âmbito das relações jurídicas que se estabelecem entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior, invariavelmente, ocorrem situações de conflito que desafiam o intérprete e o aplicador do direito a buscar uma solução jurídica que resolva o litígio entre as partes.

Mas, como já salientado, não basta a mera solução jurídica do litígio. De fato, o conflito entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior há de ser solvido com justiça, ou seja, com o menor prejuízo possível aos interesses de ambas às partes e de forma que os valores e princípios jurídicos insculpidos na Constituição, em especial, os de natureza educacional, sejam preservados e cumpridos.

Para que isso ocorra, é necessária a adoção de meios de interpretação e de aplicação do direito que permitam construir e justificar uma solução jurídica apta para resolver o litígio entre as partes na forma acima preconizada.

O Princípio da Proporcionalidade vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como um princípio jurídico constitucional de cunho hermenêutico, ou seja, um princípio jurídico que auxilia na interpretação e, destarte, na aplicação do direito.

O estudo realizado evidenciou essa realidade.

De fato, o Princípio da Proporcionalidade mostrou-se especialmente útil como meio de interpretação e aplicação do direito, em especial naqueles casos controvertidos que suscitam a aplicação de dois ou mais valores jurídicos de igual relevância, para cuja solução é necessário adotar uma saída conciliatória.

Através de alguns casos concretos que freqüentemente ocorrem no âmbito do ensino superior, pode-se experimentar, na prática, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito educacional.

Alí, pode-se observar que o Princípio da Proporcionalidade, através dos seus subprincípios estruturantes, quais sejam, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, permite que o intérprete e o aplicador do direito construam, de forma lógica e juridicamente fundamentada, uma medida apta para solucionar o caso conflituoso, restringindo minimamente os interesses do aluno e da escola, maximizando os valores e princípios jurídicos consagrados na Constituição.

Restou evidenciado, também, que o Princípio da Proporcionalidade serve como parâmetro para averiguar a constitucionalidade de atos administrativos, legislativos ou judiciais que restringem direitos fundamentais do cidadão, *in casu*, o direito à Educação.

Com efeito, através do Princípio da Proporcionalidade, é possível analisar, p. ex., se uma determinada decisão judicial observou, na solução do caso concreto, os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, superando o conflito entre os valores jurídicos presentes na situação controvertida.

De outra sorte, a pesquisa demonstrou que a interpretação e a aplicação do direito educacional se apresentam mais consentânea e mais fortemente fundamentadas se realizadas à luz do Princípio da Proporcionalidade, isso porque, o princípio em tela, em verdade, se desdobra em outros três, quais sejam, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, através dos quais, num processo lógico e gradativo, é possível construir uma solução mais adequada ao caso concreto, solução essa que se estabelece após a depuração e a exclusão de tantas outras soluções que seriam possíveis, porém não tão precisas à luz do caso específico.

Por outro lado, constatou-se ser necessária a noção sobre sistema jurídico para compreender a importância do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito, principalmente naqueles casos onde se verificam a ocorrência de conflitos aparentes de valores jurídicos, os quais suscitam especial habilidade do intérprete no que se refere à chamada *ponderação de valores*.

Com efeito, restou claro que o Princípio da Proporcionalidade pode auxiliar o intérprete a se desincumbir de tal tarefa, ponderando os valores que estão em jogo no caso concreto de forma adequada, escolhendo aquela solução que, entre outras tantas possíveis, mais preserva os valores jurídicos contemplados no sistema jurídico, com o menor prejuízo às partes diretamente envolvidas.

Por outro lado, verificou-se que a segurança na adoção do Princípio da Proporcionalidade como meio de interpretação e aplicação do direito pode ser maximizada com a utilização conjunta de dois outros princípios jurídicos, quais sejam, o princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da fundamentação.

De fato, através do primeiro, o intérprete adotará, entre várias interpretações possíveis, aquela que mais se identifica com os valores jurídicos contemplados na Constituição, de forma a preservar a harmonia e a unidade do sistema jurídico. Pelo segundo, o intérprete justificará as razões de sua convicção, como forma de viabilizar a análise da justiça de sua decisão e o controle externo de sua atividade.

Nesse sentido, as críticas no sentido de que o Princípio da Proporcionalidade, em razão de sua abertura, pode dar margem à extrapolação dos poderes do Juiz, do Legislador e do Administrador, praticamente se esvaziam, na medida em que a adoção daqueles outros dois princípios permite diminuir, sensivelmente, a margem do arbítrio daqueles entes, criando mecanismos de controle da atividade estatal e preservando os valores contidos no sistema jurídico.

Por fim, restou evidenciado que o Princípio da Proporcionalidade constitui um valioso meio de interpretação e aplicação do direito educacional, justamente porque permite solucionar os conflitos de interesses entre o aluno e o estabelecimento de ensino superior, sem restringir, ou restringindo minimamente, o direito de ambos, através de medida jurídica fortemente amparada na Constituição, uma vez que construída e fundamentada sob o pálio dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, preservando a ordem e a unidade do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- LIVROS E ARTIGOS DE REVISTAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos Fundamentales**. Trad. da edição tedesca de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ASIMOV, Isaac. **O homem bicentenário**. Tradução de Milton Person. Porto Alegre: L&PM, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOAVENTURA, Edivaldo M. O direito educacional no cenário legal do Brasil: origens, fontes e campo de aplicação. 1ª Parte. **Revista do Direito Educacional**. Rio de Janeiro, n. 17, nov./dez. 1992, p. 9-22.

_____. Regime constitucional da Educação. **Revista de Direito Educacional**. Rio de Janeiro, n. 31, mar./abr., 1995, p.19.

_____. O direito educacional no cenário legal do Brasil: origens, fontes e campo de aplicação. 1ª Parte. **Revista do direito educacional**. n. 18, Rio de Janeiro, jan./fev., 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra:Almedina, 1993.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **La autonomía universitaria: ámbito y límites**. Madri: Civitas, 1982. p.29.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1987.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUSMÃO, Paulo dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

IRTI, Natalino. Leggi Special. **Revista Di Diritto Civile**. Roma, n. 2, mar./abr. de 1979, p. 141-153.

QUEIROZ, Raphael Augusto de. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito educacional e educação no século XXI**. Brasília: UNESCO, 1997.

PERRINI, Valdyr. Jubilação do aluno na universidade particular. **Revista de Estudos Jurídicos PUC/PR**. Vol III, Curitiba, n. 1, ago., 1996, p. 105-112.

PRADO, Lourenço de Almeida. **Educação: ajudar a pensar, sim, conscientizar, não**. Rio de Janeiro: Agir, 1991.

RANIERI, Nina Beatriz. A universidade e o Estado. Algumas considerações acerca do papel do Estado na atividade educacional de nível superior. **Revista dos Tribunais**. n. 24, jul./set., 1998, p. 63-71.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade como expressão do princípio da justiça e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Novos Estudos Jurídicos**. Florianópolis, n. 8, abr., 1999, p. 7-17.

SILVA, Pedro Sancho. **Princípios do direito educacional e institutos juspedagógicos (caderno de assuntos jurídicos nº 7)**. Salvador: PROJUR/UNEB, 1993.

SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. **LDB e ensino superior (estrutura e funcionamento)**. São Paulo: Pioneira, 1997.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-ômega, 1997.

- LEIS, DECRETOS E PORTARIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional N. 31, de 14-12-2000. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei nº 5.789, de 27 de junho de 1972. Dá nova redação ao artigo 6º do Decreto-Lei 464, de 11 de fevereiro de 1969, que estabelece normas complementares à Lei n. 5.540, de 28 de novembro de 1968, e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 2001, abr./jun., 1972.

BRASIL. Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua interpretação social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 760, out./dez., 1989.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 849, jul./set., 1990.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 1032, jul./set., 1990.

BRASIL. Lei 9.131 de 24 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 2042, out./dez. (I), 1995.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 3719, dez. (II), 1996.

BRASIL. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 6402, nov., 1999.

BRASIL. Decreto-Lei nº 464, de 11 de fevereiro de 1969. Estabelece normas complementares à Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginalia, São Paulo, p. 133, jan./mar., 1969.

BRASIL. Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências. **Lex** - Coletânea de Legislação e Jurisprudência: legislação federal e marginalia, São Paulo, p. 7228, dez., 1999.

BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto. Portaria nº 249, de 18 de março de 1996. Exame Nacional de Cursos – MEC – sistematização. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de mar. 1996. Seção I, p. 4686.

BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto. Portaria nº 1.679, de 2 de dezembro de 1999. Aluno – deficiente – processos de autorização/reconhecimento de acessibilidade a portadores de deficiência – inclusão – disciplinamento. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 de dez. 1999. Seção I, p. 20.

- JURISPRUDÊNCIA E PARECERES

BRASIL, Parecer Cesu-CFE nº140/92, de 19-2-92. Currículo novo – entrada em vigor. Relator: Cons. Arnaldo Niskier. **Documenta**, Brasília, nº 374, p. 144, fev. 1992.

BRASIL, Tribunal Regional da Federal da 5ª Região. Administrativo. Exame Nacional de Cursos (“Provão”). Inscrição de concluinte. Relator: Juiz José Maria Lucena, **Diário da Justiça** de 13/11/98, seção II, p. 654.

BRASIL, Tribunal Regional da 1ª Região. Administrativo – Ensino Superior – Exame Nacional de Cursos (Provão) – Lei 9.131/95 – Portaria MEC 249/96. Relator: Juiz Carlos Fernando Mathias. **Diário da Justiça** de 21/08/2000, Seção II, p.40

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Ensino Superior. Mensalidade. Inadimplência. Transferência. Lei nº 8.170/91. Fato consolidado. Relator Juiz Jirair Aram Meguerian. **Diário da Justiça** de 5/8/96, Seção II, p.54119.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ensino Superior. Universidade de Uberaba. Alteração curricular. Direito adquirido a determinado currículo inexistente. Situação de fato consolidada. Relator Juiz Amílcar Machado. **Diário da Justiça** 02/05/95, Seção II, p.25395.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Administrativo. Ensino Superior. Alteração de currículo. Direito dos formandos à conclusão do curso no prazo previsto no currículo anterior. Relator: Juiz Nereu Santos. **Diário da Justiça** de 28/04/95, Seção II, p.25309.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Constitucional. Jubilamento de universitário. Devido processo legal. Relator: Juiz Luiz Jacome de Oliveira. **Diário da Justiça** de 12/07/96, Seção II, p.47989.

BRASIL, Tribunal Regional da 5ª Região. Mandado de Segurança. Ensino Superior. Jubilamento. Ausência do devido processo legal. Relator: Juiz Carlos Guedes de Souza. **Diário da Justiça** de 03/10/97, Seção II, p.81895.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Administrativo. Ensino Superior. Jubilamento. Desnecessidade de instauração de processo administrativo. Obediência às normas internas da universidade. Relator: Juiz Mitchel Mendonça Meira. **Diário da Justiça** de 12/07/96, Seção II, p.47989.

BRASIL. Ministério da Educação. Parecer 15/99 da Câmara de Educação Básica – CEB – do Conselho Nacional de Educação. Consulta sobre a legislação pertinente ao tratamento diferenciado a aluno freqüentador da Igreja Adventista do Sétimo Dia. Relator Conselheiro: Carlos Roberto Jamil Cury. Aprovado em 04/10/99, homologado pelo Ministério da Educação-MEC em 25/11/99, Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Administrativo. Ensino Superior. Recusa de matrícula como forma de compelir a pagamento de mensalidade de curso abandonado. Ilegalidade. Relator: Juiz Hércules Quasídomo. **Diário da Justiça** de 13/10/92, Seção II, p.32080.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Mandado de Segurança. Ensino Superior. Entidade particular de ensino. Recusa de expedição de diploma por falta de pagamento de mensalidades. Preliminares rejeitadas Relator: Juiz Nereu Santos. **Diário da Justiça** de 31/03/95, Seção II, p.17766.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Administrativo. Ensino Superior. Alteração de currículo. Direito dos formandos à conclusão do curso no prazo previsto no currículo anterior. Relator: Juiz Nereu Santos. **Diário da Justiça** de 28/04/95, seção II, p.25309.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Administrativo. Ensino Superior. Sistema de pré-requisitos. Relator: Juiz Francisco Falcão. **Diário da Justiça** de 06/09/96, Seção II, p.65979.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Administrativo. Ensino Superior. Matrícula (in)tempestiva. Prazo exíguo para efetivação de considerável número de matrículas. Atraso da aluna por quinze minutos. Relator: Juiz Luciano Tolentino do Amaral. **Diário da Justiça** de 24/07/2000, Seção II, p.12.